Hartmut Kümmerlein

Erscheinungsformen und Probleme der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften

1970

1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547228_0031

Erscheinungsformen und Probleme der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Hartmut Kümmerlein

aus Storkow / Mark

1971

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke

Dekan: Prof. Dr. Uber

Tag der mündlichen Prüfung: 26. 11. 197o

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Meinen Eltern und meiner Frau

Inhaltsverzeichnis

		Seite
§ 1	Einleitung	1
	Erster Teil: Die Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft als Gegenstand eines Treuhandverhältnisses	4
§ 2	Der Treuhandbegriff	4
	I. Fiduziarische Treuhand und Ermächtigungstreuhand	4
	II. Treuhand im rechtlichen und Treuhand im weiteren Sinne	6
	III. Verwaltungstreuhand und Sicherungstreuhand	8
§ 3	Die Rechtsstellung des Treuhänder-Gesellschafters	1o
	I. Der Treuhänder als Gesellschafter	11
	1. Rechte und Pflichten	11
	2. Eintragung ins Handelsregister	11
	II. Der Treuhänder als Beauftragter des Treugebers	13
§ 4	Offene und verdeckte Treuhänderstellung	15
	I. Zulässigkeit der offenen Treuhand	16
	II. Zulässigkeit der verdeckten Treuhand	17
	1. Überblick über den Meinungsstand in der Literatur	17

2. Unterscheidung zwischen Zustimmungsbedürftigkeit und Offenlegungspflicht 18

3. Zulässigkeit der verdeckten Treuhand, wenn die Beteiligung nicht frei übertragbar ist 18

a) Schuldrechtliche Bindung lediglich hinsichtlich der übertragbaren Gesellschafterrechte (Modell I) 18

aa) Zustimmungsbedürftigkeit 18

bb) Offenlegungspflicht 24

b) Schuldrechtliche Bindung hinsichtlich aller Gesellschafterrechte (Modell II) 24

4. Zulässigkeit der verdeckten Treuhand, wenn die Beteiligung frei übertragbar ist 34

a) Zustimmungserfordernis 34

b) Offenlegungspflicht 35

5. Die Übertragung der Treugeberrechte 35

a) Rechtlicher Charakter des Übertragungsgeschäfts 36

b) Begründung eines verdeckten Treuhandverhältnisses durch Übertragung der Treugeberrechte 37

§ 5 Abgrenzung zur Unterbeteiligung 39

I. Begriff der Unterbeteiligung 39

II. Unterbeteiligung und Verwaltungstreuhand 4o

Zusammenfassung 45

Zweiter Teil: Erscheinungsformen der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften 48

§ 6 Vereinfachungsfunktion 49

I. Treuhänder für eine BGB-Gesellschaft oder einen nicht rechtsfähigen Verein 49

II. Treuhänder für eine allgemeine oder fortgesetzte Gütergemeinschaft 5o

III. Treuhänder als Repräsentant eines Gesellschafterstamms 52

IV. Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder für die Erben 55

1. Überblick über die Problematik der Testamentsvollstreckung an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft 56

2. Der Testamentsvollstrecker als Bevollmächtigter der Erben 6o

3. Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder für die Erben 61

a) Persönlich haftender Gesellschafter als Treuhänder 63

b) Juristische Person als Treuhänder 64

c) Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung für die Dauer der Testamentsvollstreckung 65

V. Treuhänder für eine große Zahl von Kapitalgebern 66

1. Beispiel RG,WarnR 1918,Nr. 79 66

2. "Treuhand-GmbH u. Co. KG" als Ersatz für die Rechtsform der AG oder KGaA 67

3. Der Hausbesitzbrief 68

§ 7 Verbergungsfunktion 71

§ 8 Umgehungsfunktion 74

I. Treuhänder für einen Minderjährigen 74

II. Einschaltung eines Treuhänders im Rahmen der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft 79

§ 9 Sonstige Fälle 81

I. Übertragung der Beteiligung auf einen Treuhänder statt Ausschluß aus der Gesellschaft 81

II. Übertragung einer kleinen Beteiligung auf einen Treuhänder zur Ermöglichung von Mehrheitsentscheidungen 83

Zusammenfassung 83

Dritter Teil: Auswirkungen des Treuhandverhältnisses auf das Gesellschaftsverhältnis und das Verhältnis zu außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten. 86

§ 1o Der Schutz des Treugebers bei treuwidrigem Handeln des Treuhänders 88

I. Treuwidrige Veräußerung der Beteiligung 89

1. Anwendung der §§ 138, 134 BGB auf die treuwidrige Veräußerung der Beteiligung 9o

a) Verstoß gegen § 138 BGB 9o

b) Verstoß gegen § 134 BGB 93

c) Gesellschaftsrechtliche Folgen des Verstoßes gegen §§ 134, 138 BGB 95

2. Entsprechende Anwendung der Lehre vom Vollmachtsmißbrauch auf die treuwidrige Veräußerung der Beteiligung 96

a) Übertragung der Lehre vom Vollmachtsmißbrauch auf Treuhandverhältnisse 97

aa) Anwendung des in der Lehre vom Vollmachtsmißbrauch enthaltenen Gedankens des Mißbrauchs einer formalen Rechtsstellung auf Treuhandverhältnisse 98

bb) Subjektive Erfordernisse auf der Erwerberseite 1o5

cc) Rechtsfolgen 1o6

b) Besonderheiten bei der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften 107

aa) Offenlegung der Treuhänderstellung durch Eintragung eines Treuhänderzusatzes ins Handelsregister 107

bb) Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen 108

3. Vorsorgliche Vereinbarungen zum Schutze des Treugebers 109

a) In der Praxis übliche Gestaltungen 109

b) Auflösende Bedingung 111

c) Erfordernis der Zustimmung durch den Treugeber 112

II. Pflichtwidrige innergesellschaftliche Erklärungen 114

1. Pflichtwidrigkeit der Stimmabgabe 114

2. Rechtsfolgen der pflichtwidrigen Stimmabgabe 116

a) Verstoß gegen §§ 138, 134 BGB 116

b) Anwendung der Mißbrauchslehre 121

3. Vereinbarungen zum Schutze des Treugebers 125

a) Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht an den Treugeber unter gleichzeitigem Verzicht des Treuhänders auf die Ausübung des Stimmrechts 126

b) Entzug des Treuhänder-Stimmrechts und gleichzeitige Einräumung eines Stimmrechts an den Treugeber 126

c) Erteilung einer "einfachen" Stimmrechtsvollmacht an den Treugeber 128

§ 11 Konkurs des Treuhänders und Zwangsvollstreckung in den Gesellschaftsanteil 129

I. Konkurs des Treuhänders 129

1. Ausscheiden des Treuhänders aus der Gesellschaft 129

2. Aussonderungsrecht des Treugebers am Abfindungs- und Auseinandersetzungsguthaben 13o

a) Einschränkungen des Aussonderungsrechts durch das Unmittelbarkeitsprinzip und das Surrogationsverbot 131

b) Bedeutungslosigkeit des Surrogationsverbots im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Surrogate 131

c) Überprüfung des Unmittelbarkeitsprinzips 132

aa) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsprinzips aus materiellen Erwägungen ? 133

bb) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsprinzips aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ? 134

cc) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsprinzips aus Publizitätsgesichtspunkten ? 135

dd) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsprinzips aus dem Gesichtspunkt der Abgrenzung zur mittelbaren Stellvertretung ? 138

ee) Lösungsvorschlag für die Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften 141

2. Vorausabtretung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs an den Treugeber 145

3. Auswechslung des Treuhänders 146

II. Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Treuhänders 148

1. Kündigung der Gesellschaft durch den Privatgläubiger des Treuhänders 148

2. Drittwiderspruchsklage des Treugebers gegen die Pfändung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs 149

3. Vorausabtretung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs an den Treugeber 151

§ 12 Die Haftung des Treugebers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und den Gesellschaftern 152

I. Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern 152

1. Mittelbare Haftung des Treugebers für die Gesellschaftsschulden 152

2. Unmittelbare Haftung des Treugebers für die Gesellschaftsschulden 153

3. Ausschluß oder Beschränkung der mittelbaren Haftung des Treugebers 156

II. Die Haftung des Treugebers gegenüber den Gesellschaftern 158

1. Mittelbare Haftung des Treugebers gegenüber den Gesellschaftern 159

2. Unmittelbare Haftung des Treugebers gegenüber den Gesellschaftern 162

§ 13 Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsklagen 163

I. Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht gegen den Treuhänder 163

II. Ausschließungsklage gegen den Treuhänder 165

1. Zurechnungsproblematik 165

2. Auswirkungen der Ausschließung des Treuhänders auf das Auswechslungsrecht des Treugebers 171

a) Wichtiger Grund in der Person des Treugebers 171

b) Wichtiger Grund in der Person des Treuhänders 173

3. Beteiligung des Treugebers am Ausschließungsverfahren 174

Zusammenfassung 175

Anhang

Beispiele für die vertragliche Gestaltung von Treuhandverhältnissen 18o

Literaturverzeichnis

Ahlbäumer	Treuhandverhältnisse im Steuerrecht, Berlin 1935
Assfalg	Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders, Berlin/Tübingen 1960
ders.	Der Schutz des Treuhandbegünstigten gegen abredewidrige Verfügungen des Treuhänders in rechtsvergleichender Sicht, NJW 1970, 1902 ff.
Barz-Berninger	Kommanditgesellschaft, Frankfurt 1962
Barz	Treuhandverwaltung und persönliche Haftung des Vermögensinhabers, NJW 1947/48, 44 ff.
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, 18. Auflage, München 1968
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968 (Aktiengesetz)
dies.	GmbH-Gesetz, 12. Auflage, München und Berlin 1966 (GmbHG)
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 30. Auflage, München 1970
Baur	Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, Band I, S. 249 ff. (Festschrift für Dölle)
Beitzke	Anm. zum Urteil des BGH vom 20.9.1962 (II ZR 209/61), JR 1963, 182 ff.
Bertermann	Die Eintragung der Treuhandverwaltung nach MRG 52 in das Handelsregister, NJW 1950, 212.
v. Boehmer	Die uneinheitliche Stimmrechtsausübung bei Handelsgesellschaften, NJW 1949, 564 ff.
Boesebeck	Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt/Main 1938
ders.	Anm. zum Urteil des OLG Celle vom 22.3.1938 (3 U 339/37), JW 1938, 1591

Böttcher-Beinert	GmbH u. Co., 3. Auflage, Stuttgart 197o
dies.	Wechsel der Unternehmensform, Umwandlung, Verschmelzung, Einbringung, Stuttgart 1969
Böttcher-Zartmann	Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, Stuttgart 1968
Bott	Der Treuhänder als Mitglied von Personengesellschaften, Diss., Hamburg, 1959
Buchwald	Eine neue Variante der GmbH u. Co. KG, GmbHRdsch. 1969, 9o f.
ders.	Heidelberger Musterverträge, Die Kommanditgesellschaft, 3. Auflage, Heidelberg 1969
Bühler	Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1956
Bulla-Hackbeil	Handbuch der Personengesellschaften, IV. Teil, Arbeitsrecht, Stand: April 197o (Handbuch)
Busse	Zur Problematik von Stimmbindungsverträgen bei Personengesellschaften, BB 1961, 26o ff.
Cölle	Der Hausbesitzbrief, Treuhandkommanditgesellschaften mit breitem Anlegerkreis a ls Immobilienfonds, Diss., Köln 1968
Däubler	Rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Veräußerlichkeit von Rechten ? NJW 1968, 1117 ff.
Dölle	Familienrecht, Karlsruhe 1964
Düringer-Hachenburg (Bearbeiter)	Das Handelsgesetzbuch, II. Band, 2. Hälfte, 3. Auflage, Mannheim/Berlin/ Leipzig 1932
Einmal	Die Ausübung der Verwaltungsrechte der Gesellschaftererben durch den Testamentsvollstrecker, AcP 16o, 29 ff.

Emmerich, H.	Die Sanierung, Teil 1, Mannheim/Berlin/ Leipzig 1930
Emmerich, V.	Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen, ZHR 132, 297 ff.
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Vierter Band: Das Familienrecht, 7. Bearbeitung, Marburg 1931
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1960
Erman (Bearbeiter)	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, Münster 1967
ders.	Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1965, Band I, S. 277 ff. (Festschrift für Nipperdey)
Esch	Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, NJW 1964, 902 ff.
Fechner	Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942
Fischer, R.	Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts - dargestellt an Hand der Rechtsprechung zu den Stimmrechtsbindungsverträgen, Festgabe für Otto Kunze zum 65. Geburtstag, Berlin 1969, S. 97 ff. (Festgabe für Kunze)
ders.	Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849 ff.
ders.	Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht in der GmbH, GmbHRdsch. 1952, 113
ders.	Anm. zum Urteil des BGH vom 17.3.1966 (II ZR 282/63), LM Nr. 7 zu § 171 HGB (L)
ders.	Anm. zum Urteil des BGH vom 12.7.1965 (II ZR 118/63), LM Nr. 21 zu § 138 (Bb)

Fischer, R.	Anm. zum Urteil des BGH vom 11.4.1957 (II ZR 182/55), LM Nr. 1 zu § 2218 BGB
ders.	Anm. zum Urteil des BGH vom 13.5.1953 (II ZR 157/52), LM Nr. 3 zu § 161 HGB
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin/ Heidelberg/ New York 1965
Frey	Das Treuhandverhältnis im Steueranpassungsgesetz, JW 1934, 3089 ff.
Friedmann	Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses ? Verhandlungen des 36. DJT, 1. Band, S. 805 ff.
Friess	Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei Verträgen nach §§ 1821 I, 1822 Ziff. 3 BGB, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 4.4.1968, DB 1969, 957 ff.
Ganssmüller	Fehlerhafte Abänderung von Gesellschaftsverträgen, NJW 1956, 698 ff.
Gernhuber	Lehrbuch des Familienrechts, München und Berlin 1964
Groschuff	Zur Frage der Registerfähigkeit der Testamentsvollstrecker, Treuhänder und Zwangsliquidatoren, JW 1938, 1361 ff.
Hachenburg (Bearbeiter)	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erster Band, 6. Auflage, Berlin 1956
ders.	Anm. zum Urteil des RG vom 21.10.1924 (606/23 II), JW 1925, 244
Haegele	Handelsrechtliche Fragen um den Testamentsvollstrecker in Rechtsprechung und Schrifttum, RPfleger 1956, 182 ff.
ders.	Der Treuhänder im Steuerrecht, KTS 1957, 145 ff.

Hedemann, J.W.	Sittenwidrige Schädigung der Kartelle durch Gründung eines Außenwerks, JherJb. 63, 1 ff.
Hein	Die Zusammenhänge zwischen Treuhandrecht und Handelsrecht, ZBH 1929, 194 ff.
Herzfeld	Die Unterbeteiligung, AcP 137, S. 27o ff.
Hofmann	Unbeschränkte Kommanditistenhaftung und gesetzliche Wertung, NJW 1969, 577 ff.
Holch	Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung ? DNotZ 1958, 282 ff.
Horn	Wann kann eine aus einer umgewandelten Kapitalgesellschaft hervorgegangene "einfache" OHG oder KG in eine GmbH u. Co. umgeformt werden ? GmbHRdsch. 197o, 2o f.
Huber, U.	Anm. zum Urteil des BGH vom 4.4.1968 (II ZR 26/67), JZ 1968, 791 ff.
ders.	Die Rechtsstellung des Treugebers gegenüber Gläubigern und Rechtsnachfolgern des Treuhänders, Festschrift zum 5o. Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg 1967
Hueck, A.	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Auflage,Berlin 1964 (OHG)
ders.	Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 7o. Geburtstag, München und Berlin 1965, Band I, S. 4o1 ff. (Festschrift für Nipperdey)
ders.	Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft, ZHR 125, 1 ff.

Hueck, A.	Anm. zum Urteil des BGH vom 22.2.1960 (VII ZR 83/59), JZ 1960, 491ff.
ders.	Anm. zum Urteil des BGH vom 28.4.1954 (II ZR 8/53), JZ 1954, 504ff.
ders.	Anm. zum Urteil des BGH vom 10.11.1951 (II ZR 111/50), JZ 1952, 115
ders.	Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, Jahrgang 1944/46, Heft 7), München 1947
ders.	Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, Festschrift für Rudolf Hübner zum 70. Geburtstag, Jena 1935, S. 72 ff.
Isele	Anm. zum Urteil des BAG vom 21.12.1961 (2 AZR 255/61), JZ 1962, 759 ff.
Jaeger	Konkursordnung, 8. Auflage, Berlin 1958
Janberg	Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, DB 1953, 77 ff.
Jüdel	Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, Diss., Heidelberg 1932
Kipp	Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Zweiter Band, S. 270 ff.
Kirsten	Treuhand und Treuhänder im Steuerrecht, Herne / Berlin 1965
Klussmann	Zur Testamentsvollstreckung bei Beteiligungen an Personengesellschaften, BB 1966, 1209 ff.
Knopp	Über die Genehmigungsbedürftigkeit von Änderungen eines Gesellschaftsvertrages bei Beteiligung von Minderjährigen oder Mündeln, BB 1962, 939 ff.
ders.	Gründung stiller Gesellschaften bei Beteiligung Minderjähriger, NJW 1962, 2181 ff.

Kötz	Trust und Treuhand, Göttingen 1963
ders.	Anm. zum Urteil des BGH vom 4.4.1968 (II ZR 26/67), NJW 1968, 1471 ff.
v.Kries	Die Rechtsstellung des Erwerbers bei treuwidrigen Verfügungen eines Treuhänders, Diss., Freiburg 1965
Kümmerlein	Kann das Umwandlungsverbot des § 1 Abs. 2 Satz 1 des Umwandlungsgesetzes durch Einschaltung eines Treuhänders umgangen werden ? GmbHRdsch. 1970, 262 f.
Kuhn, G.	Die Rechtsprechung des BGH zur offenen Handelsgesellschaft, WM 1955, 202 ff.
Kuhn, O.	Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
Lange	BGB Allgemeiner Teil, 12. Auflage, München 1969
Larenz	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967
Lehmann, K.	Kommanditgesellschaften mit Anteilscheinen, Bank-Archiv XV, 32 ff.
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Auflage, Berlin 1966
Lehmann, H.	Anm. zum Beschluß des OLG Dresden vom 22.11.1934 (6 Reg 194/34), JW 1935, 717 ff.
Liebich	Treuhand und Treuhänder im Wirtschaftsrecht, Herne / Berlin 1966
Lutter	Zum Umfang des Sonderguts, AcP 161, 163 ff.
Mentzel-Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1962
Merkel	Treuhänder eines Personalgesellschafters, NJW 1954, 338
Mertens	Die Einmann-GmbH u. Co. KG und das Problem der gesellschaftsrechtlichen Grundtypenvermischungen, NJW 1966, 1049 ff.
Müller, W.	Die Sicherungsübereignung von Anteilen an Personengesellschaften, Diss., Hamburg 1969

Müller-Freienfels	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Nehlert	Treuhandschaft und Enteignung im Registerrecht, insbesondere bei intersektoralen Unternehmen, JR 1949, 241 ff.
Nord	Das Recht des Treuhänders, Berlin 1927
Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927
Palandt (Bearbeiter)	Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Auflage, München 1970 27. Auflage, München 1968
Paulick	Handbuch der Personengesellschaften III. Teil, Steuerrecht, Stand: April 1970 (Handbuch)
ders.	Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln 1959
Peter	Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, Herne / Berlin 1969
Pikart	Die Rechtsstellung des Treuhänders in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, WM 1956, 654 ff.
Plum	Der fortschreitende Strukturwandel der Personalgesellschaft durch Vertragsgestaltung, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Karlsruhe 1960, Band II, S. 137 ff.
Potthoff-Zintzen-Holft	Handbuch der Gesellschaftsverträge in Personalgesellschaften, 3. Auflage, Köln und Opladen 1965
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959 (RGRK-BGB) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweiter Band, 2. Auflage, Berlin 1950 3. Auflage, Lieferung 1, Berlin 1967 (RGRK-HGB)
Reinhardt-Erlinghagen	Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung, JuS 1962, 41 ff.

Richardi	Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, Berlin und Frankfurt 1961
Ritter	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, München und Berlin 1932
Römer	Nachfolge und Bestandssicherung der Personalgesellschaften des Handelsrechts im Erbfall, Berlin 1963
Rohlff, R.	Nießbrauchsvermächtnis oder Vor- und Nacherbschaft im Unternehmertestament, Diss.,Göttingen 1968
Rosenau	Die rechtsgeschäftliche Treuhand in rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, DB 1966, Beilage Nr. 18 zu Heft Nr. 49
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 1o. Auflage, München 1969
Siebert, W.	Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933 (Treuhandverhältnis)
ders.	Zur Gestaltung der Testamentsvollstrekkung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Festschrift für Alfred Hueck zum 7o. Geburtstag, München und Berlin 1959, S. 321 ff. (Festschrift für A. Hueck)
ders.	Anm. zum Urteil des RG vom 5.11.1934 (VI 18o/34), JW 1935, 1o12 ff.
Soergel-Siebert (Bearbeiter)	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1o. Auflage, Stuttgart 1967 Band 3, Schuldrecht II, 1o. Auflage, Stuttgart 1969 Band IV, Familienrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1963 Band V, Erbrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1961
Spengler	Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften und deren Schranken, Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag, München und Berlin 1965, S. 165 ff.

Sudhoff	Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 3. Auflage, München und Berlin 1967
Schilling	Zur Ausübung fremder Gesellschafterrechte im eigenen Namen, Festschrift für Walter Schmidt zum 7o. Geburtstag, Berlin 1959, S. 2o8 ff. (Festschrift für Walter Schmidt)
Schlegelberger (Bearbeiter)	Handelsgesetzbuch, 2. Band, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1963
Schless	Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, Leipzig 1931
Schlosser	Außenwirkungen verfügungshindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand, NJW 197o, 681 ff.
Schmalenbach	Die Beteiligungsfinanzierung, 9. Auflage, Köln und Opladen 1966
Schneider, H.	Über die Unterbeteiligung an Anteilen an einer Personengesellschaft als stille Gesellschaft, Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag, München und Berlin 1965, S. 115 ff.
Scholz	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Auflage, Köln-Marienburg 1964
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 15. Auflage, München 197o
Schuler	Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung, JuS 1962, 5o ff.
Schultze, A.	Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht, JherJb. 43, 1 ff.
Staub (Bearbeiter)	Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Erster Band, Berlin und Leipzig 1932
Staudinger (Bearbeiter)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 1957
	II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, 11. Auflage, Berlin 1958
	V. Band, Erbrecht, 2. Teil, 1o./11. Auflage, Berlin 196o

Strohal	Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage, Berlin 1903
Thomas	Die rechtsgeschäftliche Begründung von Treuhandverhältnissen, NJW 1968, 1705 ff.
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Mannheim und Leipzig 1914
Vogel, W.	Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, Köln 1968
v. Wallis	Die Besteuerung von rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnissen, NJW 1957, 321 ff.
Weiler	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, DNotZ 1952, 283 ff.
Weipert	Anm. zum Urteil des BGH vom 8.10.1953 (IV ZR 248/52), JR 1954, 59
Westermann, H.	Handbuch der Personengesellschaften, I. Teil, Gesellschaftsrecht, Stand: April 1970 (Handbuch)
ders.	Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1966 (Sachenrecht)
Wiedemann	Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965 (Übertragung und Vererbung)
ders.	Anm. zum Urteil des BGH vom 25.10.1965 (III ZR 47/64), JZ 1965, 103 ff.
Wieland	Handelsrecht, Erster Band, München und Leipzig 1921
Winkler	Die Gründung von Handelsgesellschaften in steuerlicher Sicht, NJW 1969, 1935.
Wolff, H.-J.	Der Treuhänderkommanditist, Diss., Köln 1966

Zahn — Die treuhänderische Übertragung und Verwaltung von Körperschaftsrechten, insbesondere von Aktien, Kuxen und GmbH-Anteilen, Bonn/ Köln 1931

Zielinski — Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht, Marburg 1925

Zöllner — Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089)
AnfechtungsG	Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21.7.1879 (RGBl. S. 277)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht, zugleich amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
BStBl.	Bundessteuerblatt (Teil, Jahr, Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S. 1185)

EStG	Einkommensteuergesetz
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1.5.1889 (RGBl. S. 55)
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 2o.4.1892 (RGBl. S. 477)
GmbHRdsch.	Rundschau für GmbH (Jahr und Seite)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
h.M.	herrschende Meinung
HoldhMschr.	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begründet von Holdheim (Jahr und Seite)
JherJb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kommanditgesellschaft, auch Kammergericht
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Jahr und Seite)

LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
MilRegG	Militärregierungsgesetz
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone (Band und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
ROHG	Amtliche Entscheidungssammlung des Reichsoberhandelsgerichts (Band und Seite)
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr und Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzahl
s.	siehe
S.	Satz oder Seite
StAnpG	Steueranpassungsgesetz vom 16.1o.1934 (RGBl. I S. 925)
WarnR	Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts (Bundesgerichtshofs) auf dem Gebiete des Zivilrechts (Jahr und Nummer)

WM	Wertpapiermitteilungen (Jahr und Seite)
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht (Jahr und Seite)
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Band und Seite)

§ 1 Einleitung

Die zunehmende Komplizierung des Wirtschaftslebens zieht eine Komplizierung der gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen nach sich. Im Recht der Personenhandelsgesellschaften besteht für die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses ein weiter Spielraum. Zwingenden Rechts sind nur die Vorschriften über das Außenverhältnis, die das Innenverhältnis regelnden Vorschriften sind dagegen überwiegend dispositiver Natur (vgl.§§ 1o9, 163 HGB). Daraus ergibt sich die Zulässigkeit atypischer Gestaltungen des Gesellschaftsverhältnisses wie der "kapitalistischen Kommanditgesellschaft" [1]. Die Suche der Praxis nach Rechtsformen, die den wirtschaftlichen Bedürfnissen möglichst weitgehend gerecht werden, hat darüber hinaus zu "Grundtypenvermischungen" [2] wie der Konstruktion der GmbH u. Co. KG geführt, deren zivilrechtliche und steuerrechtliche Anerkennung heute nicht mehr in Frage gestellt wird [3]. Eine beliebte Erweiterung des "gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums" [4] ist auch der - allerdings hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion

---

1) Grundlegend dazu Boesebeck, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, 1938; zum Begriff S. 9 ff.

2) Vgl. Zielinski, Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht, 1925.

3) Zur zivilrechtlichen Anerkennung der GmbH u. Co. KG vgl. die Grundsatzentscheidung des RG vom 4.7.1922 (RGZ 1o5, 1o1 ff.); zur steuerrechtlichen Anerkennung vgl. Böttcher-Beinert, GmbH u. Co., S. 59 mit Überblick über die Rspr. des BFH.

4) Zum institutionellen und instrumentalen Denken im Gesellschaftsrecht vgl. Mertens, NJW 1966, 1o49 ff.

sehr umstrittene [5] - Nießbrauch an einer Gesellschaftsbeteiligung, die Unterbeteiligung und die Beteiligung mittels eines Treuhänders, die Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist.

Während im älteren Schrifttum die Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft mittels eines Treuhänders kaum beachtet wurde [6] und sich in der neueren Literatur nur kurze Hinweise finden [7], setzt sich jetzt die neueste gesellschaftsrechtliche Literatur angesichts der vielfältigen Erscheinungsformen treuhänderischer Rechtsträgerschaft in der gesellschaftsrechtlichen Praxis eingehender damit auseinander [8]. Daß es zu diesen Fragen nur eine verhältnismäßig spärliche Judikatur gibt, dürfte daran liegen, daß bei komplizierten Gesellschaftsverhältnissen von den Beteiligten meist die schiedsrichterliche Erledigung aller sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden und mit dem Gesellschaftsverhältnis zusammenhängenden Streitigkeiten vereinbart wird [9].

---

5) Vgl. den Überblick über den Streitstand bei Rohlff, Diss., S. 1o7 ff.

6) Ausführungen dazu finden sich bei Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 164 Anm. 9; Friedmann, S. 956 und Hein, ZBH 1929, 194 (196).

7) Vgl. z.B. Hueck, OHG, § 2 I 4; Schlegelberger-Geßler, § 1o5 Rz. 23 und § 161 Rz. 32; RGRK-HGB-Weipert, § 161 Anm. 32.

8) Vgl. Fischer in RGRK-HGB, 3. Auflage (1967), § 1o5 Anm. 28 b; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, 1o.Auflage (1969), § 7o5 Rz. 19; Westermann, Handbuch (Lieferung Dez. 1968), I Rz. 113.

9) Im Hinblick auf Kartelle verwies schon Hedemann, JherJb. 63, 1, 5o (1913) auf die "Gerichtsscheu" der Beteiligten, die dazu geführt habe, möglichst alle zu erwartenden Streitigkeiten von vornherein unter Schiedsgerichte zu bringen und damit einer breiten Öffentlichkeit zu entziehen.

Gegenüber anderen Treuhandfällen besteht die Besonderheit der Treuhand bei Personenhandelsgesellschaften darin, daß die von Rechtsprechung und Schrifttum zum Treuhandrecht entwickelten Grundsätze mit den gesellschaftsrechtlichen Ordnungsprinzipien verbunden und in Einklang gebracht werden müssen. Das Schwergewicht der Arbeit liegt deshalb auf den sich daraus ergebenden speziellen Problemen. Gleichwohl konnten aber auch heute noch umstrittene allgemeine Treuhandprobleme nicht ausgeklammert werden.

Die Untersuchung geht - entsprechend dem gesetzlichen Modell der Personenhandelsgesellschaften - von der personalen Struktur der OHG und der KG aus. Daneben werden aber auch kapitalistische Gestaltungen des Gesellschaftsverhältnisses wie freie Übertragbarkeit der Beteiligung und Abstimmung nach Kapitalanteilen berücksichtigt, weil die Einschaltung eines Treuhänders gerade bei kapitalistisch organisierten Personenhandelsgesellschaften häufig vorkommt.

Erster Teil: Die Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft als Gegenstand eines Treuhandverhältnisses

§ 2 Der Treuhandbegriff

Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis ist im deutschen Recht nicht geregelt [1]. Daraus resultieren nicht nur Unsicherheiten in der Behandlung der rechtlichen Fragen, sondern auch terminologische Schwierigkeiten.

I. Fiduziarische Treuhand und Ermächtigungstreuhand

Entsprechend der rechtshistorischen Entwicklung wird zwischen der römischrechtlichen fiduziarischen und der deutschrechtlichen Ermächtigungstreuhand unterschieden[2]. Beiden Formen gemeinsam ist die Treuhandabrede, die die Rechtsmacht des Treuhänders obligatorisch beschränkt. Bei der fiduziarischen Treuhand ist der Treuhänder jedoch Inhaber des Vollrechts, während bei der Ermächtigungstreuhand die Rechtszuständigkeit zwischen Treuhänder und Treugeber geteilt ist [3]. Daß die Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft Gegenstand eines fiduziarischen Treuhandverhältnisses sein kann, ist

---

1) Gesetzlich geregelt ist das Treuhandverhältnis dagegen in Art. 897 ff. des liechtensteinschen ZGB von 1926.

2) Grundlegend dazu Schultze, JherJb. 43, 1 ff.

3) Vgl. Siebert, Treuhandverhältnis, S. 13.

allgemein anerkannt [4]. Als Vollrechtsinhaber ist der Treuhänder Gesellschafter; die Treuhandabrede weist die Beteiligung aber wirtschaftlich dem Treugeber zu. Eine Teilung der Rechtszuständigkeit an der Beteiligung ist dagegen nicht möglich, weil die Unteilbarkeit des Mitgliedschaftsrechts zu einem zwingenden Ordnungsprinzip des Personengesellschaftsrechts gehört. So kann ein Treuhandverhältnis nicht in der Weise begründet werden, daß dem Treugeber die Gesellschafterrechte im Innenverhältnis der Gesellschaft zustehen, während der Treuhänder nach außen als Gesellschafter in Erscheinung tritt [5]. Auch eine Aufteilung der Gesellschafterrechte in der Weise, daß einzelne Verwaltungsrechte auf den Treugeber übertragen oder

---

4) Aus der Rspr. vgl. BGHZ 1o, 44 ff. = LM Nr. 3 zu § 161 HGB mit Anm. Fischer = NJW 1953, 1548 (Anm. Merkel in NJW 1954, 338); BGH,WM 1962, 1353 = DB 1962, 1638; aus dem älteren Schrifttum vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 164 Anm. 9; Friedmann, S.956; Hein, ZBH 1929, 194 (196); aus der neueren Literatur vgl. insbesondere Baumbach-Duden, § 1o5 Anm. 1 F; Bott, Diss., S. 16; Cölle, Diss., S. 47; RGRK-HGB-Fischer, § 1o5 Anm. 28 b; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 7o5 Rz. 19; Westermann, Handbuch, I Rz. 113; Wolff, Diss., S. 2; vgl. ferner Barz-Berninger, § 161 Anm. 5; Hueck, OHG, § 2 I 4; Kuhn, WM 1955, 2o2 (2o9); Peter, S. 145; Pikart, WM 1956, 654 (656); Plum, S. 172; Potthoff-Zintzen-Holft, S. 28; Römer, S. 228 ff.; Schlegelberger-Geßler, § 1o5 Rz. 23 und § 161 Rz. 32; RGRK-HGB-Weipert, § 161 Anm. 32; Vogel, S. 31.

5) Vgl. RGZ 165, 26o (265); OGHZ 2, 253 (256); BGHZ 1o, 44 (48).

bei diesem belassen werden, ist unzulässig (Abspaltungsverbot) [6].

II. Treuhand im rechtlichen und Treuhand im weiteren Sinne

Soweit der Treuhänder Vollrechtsinhaber ist, wird zwischen Treuhand im rechtlichen und Treuhand im weiteren Sinne unterschieden. Ein Treuhandverhältnis im rechtlichen Sinne liegt nach h.M. in Rechtsprechung und Literatur nur vor, wenn das Treugut vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen worden ist [7]. Kein Treuhandverhältnis im rechtlichen Sinne wird dagegen begründet, wenn der Treuhänder das Treugut im Auftrag des Treugebers von einem Dritten erwirbt oder wenn der Treuhänder durch Vereinbarung mit dem Treugeber Treuhänder an einer bisher ihm gehörenden

---

6) Vgl. BGHZ 3, 354 (357) = JZ 1952, 114 mit zust. Anm. Hueck; BGH LM Nr. 6 zu § 1o5 HGB = BGH,JR 1954, 59 mit zust. Anm. Weipert; BGHZ 2o, 363 (364); 36, 292 (293); Baumbach-Duden, § 119 Anm. 6; Fischer, GmbHRdsch. 1952, 113; ders. in RGRK-HGB, § 119 Anm. 25; Hueck, OHG, § 11 II 3; Schlegelberger-Geßler, § 119 Anm. 1; Westermann, Handbuch, I Rz. 321.

7) So das RG in ständiger Rspr., vgl. RGZ 84, 214 (216); 91, 12 (16); 127, 341 (344); 133, 84 (87); im Grundsatz auch der BGH, vgl. BGH,WM 196o, 325; WM 1965, 173 (174) und die h.M. in der Literatur, vgl. den Überblick über das ältere Schrifttum bei Siebert, Treuhandverhältnis, S. 1o6, Fn. 17; vgl. ferner Liebich, S. 72 m.w.Nachw.

Sache wird [8] [9]. Diese enge Begrenzung ist einmal historisch bedingt: Bei beiden Formen der Treuhand des römischen Rechts, der fiducia cum amico und der fiducia cum creditore [10], wurde das Treugut vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen. Zum anderen - und das ist der entscheidende Grund - soll mit Rücksicht darauf, daß dem Treugeber bei der Zwangsvollstreckung in das Treugut die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) und im Konkurs des Treuhänders das Aussonderungsrecht (§ 43 KO) zugebilligt wird [11], der Begriff des Treuhandverhältnisses nicht zu weit ausgedehnt werden.

---

8) Siebert (Treuhandverhältnis, S. 27) bezeichnet diese beiden Arten der Treugutbegründung als Ersterwerb von einem Dritten und Treuhandschaft an eigener Sache.

9) Das RG spricht in solchen Fällen von einem "uneigentlichen" Treuhandverhältnis (RGZ 121, 294, 296), von einem der Treuhand "rechtsähnlichen" Verhältnis (RG,Gruchot 68, 551, 553), von einem "Treuhandverhältnis im weiteren Sinne" (RGZ 160, 52, 59) oder von einem "Treuhandverhältnis, das nicht die Aussonderung begründet" (RG,WarnR 1931,Nr. 51), vgl. die Übersicht über die Terminologie des RG bei Cölle, Diss., S. 44.

10) Bei der fiducia des altrömischen Rechts handelte es sich um eine durch Manzipation oder Injurezession bewirkte Eigentumsübertragung, die aber wirtschaftlich nur bezweckte, dem Erwerber Sicherheit für eine Forderung zu geben (fiducia cum creditore) oder ihm die Möglichkeit einer freien und gesicherten Verwaltung der anvertrauten Sache zu gewähren (fiducia cum amico), Enneccerus-Nipperdey, § 148 II,Fn. 19.

11) Dazu noch unten, S. 134.

Inhaltlich wird das Treuhandverhältnis jedoch nicht durch die Art der Treugutbegründung, sondern durch die Treuhandabrede, die das Treugut wirtschaftlich dem Treugeber zuweist, gekennzeichnet. Im Hinblick auf die Rechtsstellung des Treuhänders macht es keinen Unterschied, ob der Treuhänder das Treugut vom Treugeber oder von einem Dritten erwirbt oder ob ein Gegenstand, der dem Treuhänder gehört, durch Vereinbarung zwischen Treuhänder und Treugeber zum Treugut gemacht wird. Die sich im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ergebende gesellschaftsrechtliche Problematik wird dadurch bestimmt, daß der Treuhänder Gesellschafter ist, die Beteiligung aber aufgrund der Treuhandabrede wirtschaftlich dem Treugeber zusteht. Die Untersuchung beschränkt sich deshalb nicht auf das Treuhandverhältnis im rechtlichen Sinne, sondern bezieht auch die allein durch die Treuhandabrede gekennzeichneten Treuhandverhältnisse im weiteren Sinne mit ein. Treuhänder im Sinne der vorliegenden Arbeit ist demgemäß ein Gesellschafter, der seine Beteiligung in fremdem Interesse, d.h. im Auftrag und für Rechnung eines Dritten - des Treugebers - hält [12].

III. Verwaltungstreuhand und Sicherungstreuhand

Nach dem Zweck der treuhänderischen Rechtseinräumung wird zwischen eigennütziger (Sicherungstreuhand) und

---

12) Das entspricht auch wohl dem Sprachgebrauch in der gesellschaftsrechtlichen Praxis.

fremdnütziger (Verwaltungstreuhand) unterschieden [13]. Als Verwaltungstreuhand bezeichnet man diejenigen Fälle, in denen der Treuhänder ausschließlich im Interesse des Treugebers tätig werden soll. Die Sicherungstreuhand umfaßt dagegen die Fälle, in denen dem Treuhänder die Stellung auch oder nur in seinem Interesse gewährt wird [14]. In der vorliegenden Untersuchung ist die Sicherungstreuhand ausgeklammert. Angesichts der durch die verschiedene Interessenlage bedingten rechtlichen Unterschiede werden beide Arten der Treuhand zweckmäßigerweise gesondert behandelt [15].

---

13) Vgl. Siebert, Treuhandverhältnis, S. 32/33.

14) Vgl. Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1962, 41; Thomas, NJW 1968, 1705; Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 a.

15) Ein eigennütziges Treuhandverhältnis liegt insbesondere bei der Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung vor. Zur sicherungsweisen Übertragung der Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft vgl. Waltraut Müller, Die Sicherungsübereignung von Anteilen an Personengesellschaften, insbesondere S. 108 ff. Die sicherungsweise Übertragung der Beteiligung hat gegenüber der Verpfändung der Beteiligung und der Sicherungsabtretung der Gewinnansprüche und des Abfindungsguthabens den Vorteil, daß der Sicherungsgeber nicht mehr über das Stimmrecht in der Gesellschaft auf die Gesellschafterkonten, von denen der praktische Wert der Sicherung abhängt, einwirken kann (Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 a; vgl. ferner Waltraut Müller, Diss., S. 106). Da der Sicherungsnehmer aber in der Regel keine unternehmerischen Interessen verfolgt, sein Interesse vielmehr darauf gerichtet ist, aus der Beteiligung möglichst hohe Erträge zur Tilgung seiner Forderung gegen den Sicherungsgeber zu erhalten und evtl. die in der Beteiligung steckenden Vermögenswerte zu realisieren, läuft eine Sicherungsübertragung meist den Interessen der anderen Gesellschafter zuwider, so daß ihre Zustimmung nicht erwartet werden kann. Die Sicherungsübertragung dürfte deshalb in der Praxis selten vorkommen (Westermann, Handbuch, I Rz. 332).

§ 3 Die Rechtsstellung des Treuhänder-Gesellschafters

Die Rechtsstellung des Treuhänders wird durch den Gesellschaftsvertrag und den Treuhandvertrag bestimmt. Beide Verträge begründen keine gewöhnlichen schuldrechtlichen Bindungen, sondern enthalten gesteigerte Treuepflichten [16]. Der Treuhänder-Gesellschafter steht demgemäß in zwei sich überlagernden Treuebindungen. Der Gesellschaftsvertrag hat jedoch - auch wenn die Mitgesellschafter der treuhänderischen Bindung zugestimmt haben [17] - gegenüber dem Treuhandvertrag Vorrang. Der BGH [18] hat diesen Grundsatz dahin formuliert, daß die Rechtsstellung des Treugebers gegenüber dem Treuhänder, der als Gesellschafter hinsichtlich seiner Beteiligung an einer Personalgesellschaft durch ein Treuhandverhältnis gebunden sei, seine Grenzen und Schranken in den Grundlagen des Gesellschaftsrechts finde. Die Abhängigkeit des Treuhänders gegenüber dem Treugeber könne in einem solchen Fall nicht dazu führen, daß die Stellung des Treuhänders als Gesellschafter berührt und damit unmittelbar in die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander eingegriffen werde.

---

16) Vgl. zu gesteigerten Treuepflichten im Privatrecht Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 1o ff.

17) Zum Zustimmungserfordernis noch unten, S. 17 ff.

18) BGHZ 3, 354 (36o).

I. Der Treuhänder als Gesellschafter

1. Rechte und Pflichten

Als Gesellschafter ist der Treuhänder Träger aller sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten [19]. Das bedeutet insbesondere, daß er zur Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht verpflichtet ist, daß er die gesellschaftsvertraglich zugesagten Leistungen zu erbringen hat, daß ihm das Stimmrecht und das Kündigungsrecht zusteht und daß er - entsprechend der gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelung - den Gesellschaftsgläubigern haftet.

2. Eintragung ins Handelsregister

Der Treuhänder wird auch als Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen. Die Eintragung erfolgt - auch wenn die Treuhändereigenschaft dem Registergericht ausdrücklich mitgeteilt worden ist - ohne Treuhänderzusatz [20], weil Treuhandverhältnisse grundsätzlich nicht registerfähig sind. Im Grundbuchrecht ergibt sich das daraus, daß die Treuhandabrede keine dingliche Wirkung hat [21].

---

19) Vgl. dazu die oben, S. 5, Fn. 4 angegebenen Nachw.

20) Vgl. OLG Hamm, NJW 1963, 1554, 1555 (Führung eines Handelsgeschäfts als Treuhänder); Schlegelberger-Hildebrandt, § 8 Rz. 13.

21) Vgl. KG, JW 1933, 2464; JFG 14, 332 (336); OLG München, JFG 16, 291 (293); OLG Hamm, RPfleger 1954, 464; OLG Düsseldorf, DNotZ 1955, 540.

Hinsichtlich des Handelsregisters folgt das aus dem Grundsatz der festen Begrenzung der einzutragenden Tatsachen. Nach dem System des HGB soll das Handelsregister nicht über sämtliche Rechtsverhältnisse der Kaufleute und Handelsgesellschaften Auskunft geben, sondern nur besonders wichtige Tatsachen und Rechtsverhältnisse der Öffentlichkeit kundtun [22]. Eintragungsfähig sind deshalb nur die Tatsachen, die durch Gesetz zur Eintragung zugelassen sind [23]. Dazu gehört nicht die Treuhänderstellung eines Gesellschafters [24]. Die Eintragung eines Treuhänderzusatzes kann auch nicht im Wege eines Klarstellungsvermerks erfolgen [25].

---

22) Schlegelberger-Hildebrandt, a.a.O.

23) Vgl. RGZ 132, 138, 142 (Eintragung eines Testamentsvollstreckers); vgl. dazu ferner Schlegelberger-Hildebrandt, a.a.O.; RGRK-HGB-Würdinger, § 8 Anm. 7.

24) Für öffentlich-rechtliche Treuhandverhältnisse werden dagegen - soweit die Eintragung nicht schon ausdrücklich durch Gesetz zugelassen ist - z.T. Ausnahmen befürwortet, weil der Grundsatz der festen Begrenzung der einzutragenden Tatsachen den Belangen der Öffentlichkeit weichen müsse und daher nur im Privatrecht gelte, vgl. KG, JW 1938, 747; Groschuff, JW 1938, 1361 ff.; Barz, NJW 1947/48, 44 (46); Bertermann, NJW 1950, 213. Die Einsetzung eines Treuhänders (Custodian) nach dem MilRegG Nr. 52 (betr. Sperrung und Beaufsichtigung von Vermögen) wurde aber überwiegend als nicht eintragungsfähig angesehen, vgl. LG Hagen, ZHR 111, 129; Nehlert, JR 1949, 241 ff.; Schlegelberger-Hildebrandt, a.a.O.; RGRK-HGB-Würdinger, a.a.O.; a.A. Barz, a.a.O.; Bertermann, a.a.O.; Baumbach-Duden, § 8 Anm. 3.

25) Vgl. OLG Hamm, NJW 1963, 1554.

II. Der Treuhänder als Beauftragter des Treugebers

Das RG und der BGH [26] haben mehrfach ausgeführt, einen typischen Treuhandvertrag gebe es nicht. In Anbetracht der vielfältigen Erscheinungsformen der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften [27] gilt das auch für die Treuhandverträge im Rahmen der vorliegenden Untersuchung. Es sollen deshalb im folgenden zwei Grundtypen als Modelle herausgestellt werden.

Allen Treuhandverträgen ist gemeinsam, daß sie - wie bereits oben ausgeführt wurde - den Treuhänder verpflichten, die Beteiligung im Interesse und für Rechnung des Treugebers zu verwalten. Der Treuhandvertrag läßt sich, je nachdem, ob er entgeltlich oder unentgeltlich ist, als Auftrag (§§ 662 ff. BGB) oder Geschäftsbesorgungsvertrag i.S. des § 675 BGB charakterisieren [28]. Da die treuhänderische Verwaltung einer Gesellschaftsbeteiligung in jedem Fall mit einigem Zeitaufwand und u.U. auch mit Haftungsrisiken verbunden ist, ist die Entgeltlichkeit des Treuhandvertrags jedoch das Übliche [29]. Je nachdem, ob die "mittelbare Beteiligung" des Treugebers nur der Verfolgung von Kapitalinteressen dienen soll oder ob der Treugeber über den Treuhänder auch Einfluß auf die Unternehmensführung nehmen will, erhält der Treuhänder im Treuhandvertrag eine vom Treugeber im wesent-

---

26) Vgl. RG,LZ 1913, 395; RGZ 127, 341 (345); BGH,WM 1965, 173 (174); BGH,NJW 1966, 1116; BGH,WM 1969, 935.

27) Vgl. dazu den zweiten Teil der Arbeit (S. 48 ff.).

28) Vgl. Liebich, S. 9o ff. und Staudinger-Nipperdey, vor § 662 Rz. 27 m.w.Nachw.

29) Bott, Diss., S. 61

lichen unabhängige oder mehr oder minder abhängige Stellung.

Im ersten Fall werden meist folgende Vereinbarungen getroffen (Modell I) [30]:

> Der Treuhänder hat die Beteiligung im Interesse des Treugebers zu verwalten, Rechnung zu legen und die Beteiligungserträge an den Treugeber weiterzuleiten. Zwecks Abwicklung des Treuhandverhältnisses hat er das Gesellschaftsverhältnis zu kündigen [31] und den Liquidationserlös an den Treugeber herauszugeben. Der Treugeber hat die vereinbarte Vergütung zu zahlen, Aufwendungen zu ersetzen und den Treuhänder von allen im Rahmen der treuhänderischen Verwaltung der Beteiligung eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien.

Im zweiten Fall treten noch folgende Vereinbarungen hinzu (Modell II) [32]:

> Der Treuhänder hat dem Treugeber umfassende Auskünfte und Informationen zu erteilen und die Gesellschafterrechte, insbesondere das Stimmrecht, nur nach den Weisungen des Treugebers auszuüben.

Im ersten Fall bezieht sich die treuhänderische Bindung in erster Linie auf das vermögensrechtliche Element der

---

30) Vgl. dazu Vertragsmuster B im Anhang.

31) Auch wenn die Treuhänderstellung den Mitgesellschaftern bekannt ist, scheidet der Treuhänder bei Beendigung des Treuhandverhältnisses nicht automatisch aus der Gesellschaft aus, vgl. BGHZ 1o, 44 (51).

32) Vgl. dazu Vertragsmuster A im Anhang.

Gesellschafterstellung, auf die in der Gesellschafterstellung enthaltene Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, im zweiten Fall dagegen auch auf das personenrechtliche Element, insbesondere auf die Mitsprache- und Mitverwaltungsrechte und damit auf die gesamte Gesellschafterstellung [33]. Zu beachten ist aber, daß die treuhänderische Bindung nicht mit dem Gesellschaftsvertrag und der aus dem Gesellschaftsvertrag folgenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in Widerspruch stehen darf. Das führt zu der im folgenden zu behandelnden Frage, inwieweit eine treuhänderische Bindung den übrigen Gesellschaftern offengelegt werden muß und ihrer Zustimmung bedarf.

§ 4 Offene und verdeckte Treuhänderstellung

Wenn die Treuhänderstellung offengelegt wird, spricht man von einem offenen, wenn sie dagegen geheimgehalten wird, von einem verdeckten Treuhandverhältnis [34]. Wenn eine Gesellschaftsbeteiligung Gegenstand eines Treuhandverhältnisses ist, kann noch danach unterschieden werden, ob die Treuhänderstellung nur außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten oder auch den Gesellschaftern gegenüber geheimgehalten wird. Für die Unterscheidung zwischen offener und verdeckter Treuhand wird aber allgemein lediglich darauf abgestellt, ob die Treuhänderstellung den Mitgesellschaftern

---

33) Zur rechtlichen Struktur des Mitgliedschaftsrechts vgl. die Darstellung bei Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 23 ff.

34) Vgl. Siebert, Treuhandverhältnis, S. 32; Liebich, S. 45.

gegenüber offengelegt oder geheimgehalten wird [35]. Das bedeutet, daß ein offenes Treuhandverhältnis auch dann vorliegen kann, wenn das Treuhandverhältnis Verbergungsfunktion hat, so wenn ein Gesellschafter mit Wissen der anderen Gesellschafter Treuhänder eines Dritten ist, die Treuhänderstellung aber im Außenverhältnis der Gesellschaft geheimgehalten wird [36].

I. Zulässigkeit der offenen Treuhand

Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der treuhänderischen Beteiligung ist unproblematisch, soweit die Treuhänderstellung den anderen Gesellschaftern offengelegt und von ihnen gebilligt ist. War den Mitgesellschaftern die Treuhänderstellung bei der Gründung der Gesellschaft oder bei der Aufnahme des Treuhänders in die Gesellschaft bekannt, so liegt im Abschluß des Gesellschaftsvertrags oder des Aufnahmevertrags in Kenntnis dieser Bindung eine konkludente Einverständniserklärung [37]. Zweckmäßigerweise erfolgt die Billigung allerdings in der Form, daß die anderen Gesellschafter den Treuhandvertrag mitunterzeichnen.

Im Falle der offenen Treuhand können dem Treugeber auch durch Vereinbarung mit den Mitgesellschaftern

---

35) Vgl. BGHZ 1o, 44 (49); BGH, WM 1962, 1353 (1354) = DB 1962, 1638; Bott, Diss., S. 25; Kuhn, WM 1955, 2o2 (2o9); RGRK-HGB-Fischer, § 1o5 Anm. 28 b; Pikart, WM 1956, 654 (656); Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 b.

36) Dazu noch unten, S. 71 ff.

37) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 b.

- entweder im Gesellschaftsvertrag oder in einem gesonderten Vertrag - unmittelbare Rechte in der Gesellschaft eingeräumt werden [38].

II. Zulässigkeit der verdeckten Treuhand

Die Zulässigkeit der verdeckten Treuhand ist dagegen im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht sowie im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis für die Übertragung der Beteiligung problematisch.

1. Überblick über den Meinungsstand in der Literatur

Die Frage wird in der Literatur - soweit überhaupt darauf eingegangen wird - nur kurz angeschnitten. Nach Baumbach-Duden [39] darf ein Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft nicht ohne Zustimmung der Mitgesellschafter Treuhänder eines anderen werden, da der Gesellschaftsvertrag im Zweifel Gesellschafter in eigenem Interesse voraussetze. Die verdeckte Treuhand sei daher vertragswidrig. Westermann [40] sieht in der Geheimhaltung des Treuhandverhältnisses einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, wenn die anderen Gesellschafter ein schützenswertes Interesse an der Kenntnis der treuhänderischen Bindung haben. Bott [41] und Wolff [42] lehnen demgegenüber ein Schutzbedürfnis der Mitgesellschafter ab.

---

38) Einzelne Gestaltungsmöglichkeiten werden im dritten Teil der Arbeit behandelt.

39) § 105, Anm. 1 F.

40) Handbuch, I Rz. 113 1b.

41) Diss., S. 70.

42) Diss., S. 18.

2. Unterscheidung zwischen Zustimmungsbedürftigkeit und Offenlegungspflicht

Zweckmäßigerweise unterscheidet man zwischen Zustimmungsbedürftigkeit und Offenlegungspflicht. Beide Erfordernisse hängen zwar eng miteinander zusammen, unterscheiden sich aber graduell. Die Annahme einer Offenlegungspflicht führt nicht notwendig zu dem Schluß, daß die treuhänderische Bindung auch der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf. Bejaht man dagegen die Zustimmungsbedürftigkeit, so ergibt sich daraus auch die Verpflichtung zur Offenlegung des Treuhandverhältnisses. Der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf die treuhänderische Bindung dann, wenn sie auf eine Umgehung des Zustimmungserfordernisses für die Übertragung der Beteiligung hinausläuft oder wenn sie - auch wenn man eine solche Umgehung verneint - mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unvereinbar ist, so daß insoweit eine Entbindung von der Treuepflicht erforderlich ist. Zur Annahme einer bloßen Offenlegungspflicht kommt man dagegen dann, wenn lediglich die Geheimhaltung der treuhänderischen Bindung gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstößt. Das soll im folgenden näher untersucht werden. Dabei soll nicht nur der Normalfall, in dem die Übertragung der Beteiligung der Zustimmung der Gesellschafter bedarf, sondern auch der Fall der freien Übertragbarkeit der Beteiligung berücksichtigt werden.

3. Zulässigkeit der verdeckten Treuhand, wenn die Beteiligung nicht frei übertragbar ist

a) Schuldrechtliche Bindung lediglich hinsichtlich der übertragbaren Gesellschafterrechte (Modell I)

aa) Zustimmungsbedürftigkeit

Ob ein Gesellschafter ohne Zustimmung der Mitgesell-

schafter im Hinblick auf die Mitgliedschaft schuldrechtliche Bindungen eingehen darf, richtet sich nach der Art der schuldrechtlichen Bindung. Allen Treuhandverhältnissen, die Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind, ist gemeinsam, daß dem Treugeber Ertrag und Substanz der Beteiligung wirtschaftlich zustehen und daß der Treuhänder die Beteiligung ausschließlich im Interesse des Treugebers verwaltet. Geht man von den sich daraus ergebenden Mindestbindungen des Treuhänders (vgl. Modell I) [43] aus, so ergibt sich folgendes:

Unproblematisch ist, daß hinsichtlich der vermögensrechtlichen Ansprüche, die nach § 717 S. 2 BGB abgetreten werden dürfen, auch eine schuldrechtliche Bindung zulässig ist, da eine solche Bindung lediglich ein Minus gegenüber der Abtretung ist. Es stehen insoweit keine schutzwürdigen Interessen der Mitgesellschafter entgegen. Zu den abtretbaren Rechten gehören der Gewinnanspruch und der Anspruch auf das Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben. Schuldrechtliche Bindungen, die zur Weiterleitung der Erträge aus der Beteiligung und des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthabens verpflichten, sind daher ohne Zustimmung der Mitgesellschafter zulässig.

Die Verpflichtung zur Verwaltung der Beteiligung im Interesse des Treugebers bindet den Treuhänder aber auch in der Ausübung der höchstpersönlichen Gesell-

---

43) Oben, S. 14.

schafterrechte: Er muß die Treugeberinteressen an die Stelle der eigenen Interessen setzen. Es handelt sich zwar - anders als beim Stimmbindungsvertrag, bei dem sich der Gesellschafter den Weisungen eines Mitgesellschafters oder eines Dritten unterwirft - um eine abstrakte Bindung. Gleichwohl könnten einem solchen abstrakten gesellschaftsfremden Einfluß schutzwürdige Interessen der Mitgesellschafter entgegenstehen. Dazu muß etwas näher auf die Struktur der Personenhandelsgesellschaften und die sich daraus ergebende Treuebindung der Gesellschafter eingegangen werden.

Der gesetzlichen Regelung der Personenhandelsgesellschaften liegt die Vorstellung von engen Arbeits-, Haftungs- und Risikogemeinschaften zugrunde [44]. Dem entspricht, daß die Beteiligung nicht ohne Zustimmung der Mitgesellschafter übertragen werden kann und daß die Gesellschafterrechte mit Ausnahme der in § 717 S. 2 BGB genannten Vermögensrechte höchstpersönlicher Natur sind, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist. Selbst die Ausübung dieser Rechte durch den Testamentsvollstrecker [45] oder den Nachlaßverwalter [46] ist ohne Zustimmung der Mitgesellschafter unzulässig. Auch der Konkursverwalter kann in der werbenden Ge-

---

44) Vgl. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 12 ff.; ders., OHG, § 9 II.

45) Dazu noch unten, S. 56 ff.

46) Vgl. dazu KG, HRR 1942, Nr. 477; Baumbach-Duden, § 139 Anm. 5.

sellschaft nicht die Gesellschafterrechte ausüben; der Konkurs führt zur Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Nr. 5 HGB) oder zum Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft (§ 138 HGB). Eine Ausnahme wird lediglich für den gesetzlichen Vertreter zugelassen [47].

Das Korrelat der engen Beziehungen der Gesellschafter untereinander ist die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, aufgrund deren die Gesellschafter zur - gegenüber gewöhnlichen Schuldverhältnissen - gesteigerten Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter verpflichtet sind [48]. Die Intensität der Treuepflicht richtet sich nach den einzelnen Gesellschafterbefugnissen. Dabei muß im Anschluß an Hueck [49] zwischen den Rechten, deren Ausübung vom Gesellschaftsinteresse bestimmt wird, und den Rechten unterschieden werden, bei deren Ausübung die Gesellschafter ihre Sonderinteressen in den Vordergrund stellen dürfen. Zu den Gesellschafterrechten, die im Gesellschaftsinteresse ausgeübt werden müssen, gehören insbesondere die Rechte, die sich auf die Führung der Geschäfte beziehen (Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis nach

---

47) Vgl. Baumbach-Duden, § 1o5 Anm. 1 B; dem gesetzlichen Vertreter stehen auch Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zu, vgl. RGRK-HGB-Fischer, § 127 Anm. 23; anders dagegen Weipert in der Vorauflage, § 127 Anm. 16.

48) Vgl. aus der umfangreichen Literatur zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 115 Anm. 5; Düringer-Hachenburg-Geiler, Einl. II 1, Anm. 8 und 98; RGRK-HGB-Fischer, § 1o5 Anm. 31 a ff.; Hueck, Festschrift für Hübner, S. 72 ff.; ders., OHG, § 13.

49) Festschrift für Hübner, S. 72 (81); ders., OHG, § 13 I 3.

§§ 114 ff. HGB, Abstimmung über Maßnahmen der Geschäftsführung). Zu den Rechten, bei deren Ausübung sich die Gesellschafter dagegen von ihren Sonderinteressen leiten lassen dürfen, gehören vor allem das Kündigungsrecht und Änderungen des Gesellschaftsvertrags. Daß Geschäftsführungsmaßnahmen ausschließlich am Gesellschaftsinteresse ausgerichtet werden müssen, ergibt sich einmal daraus, daß die Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet haben und die Geschäftsführungsmaßnahmen dieser gemeinsamen Zweckverfolgung dienen [50], zum anderen daraus, daß durch Geschäftsführungsmaßnahmen weitgehend in die Interessenbereiche der anderen Gesellschafter eingegriffen werden kann [51]. Da die Verpflichtung zur Förderung des Gesellschaftsinteresses nur so weit reichen kann, wie der Gesellschaftsvertrag geht (vgl. § 705 BGB), ist jeder Gesellschafter außerhalb der vertraglichen Grenzen nicht auf das Gesellschaftsinteresse verpflichtet und darf demgemäß seine Sonderinteressen wahrnehmen [52]. Jeder Gesellschafter kann deshalb die Entscheidung über sein Verbleiben in der Gesellschaft und über Änderungen des Gesellschaftsvertrags von seinen Interessen abhängig machen, auch wenn sie den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufen. Das Gesellschaftsverhältnis verpflichtet ihn

---

50) Hueck, a.a.O.

51) Vgl. Zöllner, S. 342, der darauf hinweist, daß in der Pflicht zur gesteigerten Rücksichtnahme auf die Interessen des Verbands und der Mitgesellschafter das Korrelat des Eingriffsmechanismus zu sehen sei, der darin bestehe, daß jede Stimmrechtsausübung auch diese Interessenbereiche mitgestalte.

52) Hueck, a.a.O.

nur zur billigen Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter [53].

Die Interessenwahrungspflicht des Treuhänder-Gesellschafters gegenüber dem Treugeber besteht nun lediglich in dem Rahmen, in dem der Treuhänder auch seine eigenen Interessen verfolgen dürfte; an die Stelle der Verfolgung des Eigeninteresses im Rahmen des gesellschaftsvertraglich Zulässigen tritt die Verfolgung des Treugeberinteresses. Insoweit stehen aber keine schutzwürdigen Interessen der Mitgesellschafter einer schuldrechtlichen Bindung des Treuhänders an die Interessen des Treugebers entgegen. Eine solche Bindung widerspricht auch nicht der höchstpersönlichen Natur der Verwaltungsrechte, denn da die Willensbildung im Hinblick auf die Ausübung der Verwaltungsrechte beim Treuhänder liegt, werden sie vom Treuhänder als Gesellschafter nicht nur formal, sondern auch materiell höchstpersönlich ausgeübt. Somit brauchen die Mitgesellschafter der treuhänderischen Bindung nicht zuzustimmen, wenn der Treugeber keinen konkreten Einfluß auf die Belange der Gesellschaft nehmen kann [54].

---

53) Ob man in diesem Fall von einer weniger engen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht oder von einer Bindung an Treu und Glauben (§ 242 BGB) spricht, ist nach Zöllner (S. 337) lediglich eine terminologische Frage. Besser dürfte es aber sein, auch in diesem Fall von gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht zu sprechen, weil es sich bei § 242 BGB um einen sehr allgemeinen Grundsatz handelt, für dessen Anwendung kein Raum ist, soweit die Pflichten der Gesellschafter durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht konkretisiert werden.

54) Zu weitgehend Baumbach-Duden, § 105 Anm. 1 F (Die treuhänderische Verwaltung der Beteiligung für einen Dritten sei im Zweifel vertragswidrig).

bb) Offenlegungspflicht

Ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschafter an der Kenntnis der Treuhänderstellung wird man aber bejahen müssen, wenn der Treugeber im Wettbewerb zur Gesellschaft steht. In einem solchen Fall ist der Treuhänder aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zur Offenlegung der treuhänderischen Bindung verpflichtet [55].

b) Schuldrechtliche Bindung hinsichtlich aller Gesellschafterrechte (Modell II)

Häufig will der Treugeber aber auch Einfluß auf die Belange der Gesellschaft nehmen. Der Treuhandvertrag verpflichtet den Treuhänder dann zur Auskunfts- und Informationserteilung und zur Ausübung der Gesellschafterrechte, insbesondere des Stimmrechts, nach den Weisungen des Treugebers (vgl. Modell II).

Betrachtet man die Zulässigkeit solcher Bindungen isoliert, so ergibt sich folgendes:

Die Gesellschafter sind aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zur Verschwiegenheit verpflichtet, d.h., sie dürfen grundsätzlich keine Informationen über betriebliche und geschäftliche Vorgänge, personelle oder sonstige interne Verhältnisse der Gesellschaft an Dritte weitergeben [56].

---

55) Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1b.

56) Bulla-Hackbeil, Handbuch, IV Rz. 228; zur "fast überängstlichen Geheimhaltung" in Kaufmannskreisen, Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 28o.

Da auch der Treugeber "Dritter" ist, würde der Treuhänder durch Erteilung von Auskünften und Informationen an den Treugeber ohne Zustimmung der Mitgesellschafter seine Verschwiegenheitspflicht verletzen [57].

Die Vereinbarung, daß der Treuhänder das Stimmrecht nach den Weisungen des Treugebers auszuüben hat, stellt einen Stimmrechtsbindungsvertrag mit einem außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten dar. Ob eine solche Stimmrechtsbindung ohne Zustimmung der Mitgesellschafter zulässig ist, ist fraglich.

Rechtsprechung und Literatur haben sich eingehend mit der Frage der Zulässigkeit von Stimmrechtsbindungsverträgen bei Kapitalgesellschaften beschäftigt. Das RG hat sich nach anfänglicher Ablehnung [58] für die Zulässigkeit von Stimmrechtsbindungsverträgen ausgesprochen [59]. Die h.M. ist dem gefolgt [60]. Die Entscheidung des BGH vom 29.5.1967 [61], in der sich der erkennende Senat für die Vollstreckbarkeit der Stimmrechtsbindung nach § 894 ZPO ausgesprochen hat, stellt einen vorläufigen Abschluß dieser Entwicklung dar [62].

---

57) Vgl. Bott, Diss., S. 59; Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 b. Ohne Zustimmung der Mitgesellschafter darf der Treuhänder nur Rechnung über das Ergebnis der Beteiligung legen, vgl. (im Hinblick auf die Unterbeteiligung) ROHG 23, 12o (122); BGH,BB 1968, 973 (974); RGRK-HGB-Weipert, § 1o9 Anm. 9; Westermann, Handbuch, I Rz. 966.

58) Vgl. RGZ 57, 2o5 (2o8).

59) Vgl. RGZ 1o7, 67 (7o); vgl. im übrigen den eingehenden Überblick über die Rspr. des RG bei Fischer, Festgabe für Kunze, S. 97 ff.

6o) Vgl. statt aller Westermann, Handbuch, I Rz. 277 m.w.Nachw.

61) BGHZ 48, 163 ff.

62) Fischer, Festgabe für Kunze, S. 97 (98).

Die Grundsätze, die von Rechtsprechung und Literatur zu Stimmrechtsbindungsverträgen bei Kapitalgesellschaften entwickelt worden sind, lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf Personenhandelsgesellschaften übertragen, weil bei Kapitalgesellschaften keine gegenseitige Treuepflicht der Gesellschafter untereinander besteht [63]. Der BGH hat zur Frage der Zulässigkeit von Stimmrechtsbindungsverträgen bei Personenhandelsgesellschaften bisher nur in einer älteren Entscheidung Stellung genommen [64], dort allerdings die Zulässigkeit bejaht. Der Entscheidung lag aber eine Stimmrechtsbindungsvereinbarung unter Mitgesellschaftern zugrunde. In der Literatur haben sich bisher nur Busse [65] und Hueck [66] eingehender mit dieser Frage auseinandergesetzt [67]. Busse [68] lehnt die Zulässigkeit eines Stimmrechtsbindungsvertrags mit einem außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten ohne Zustimmung der Mitgesellschafter ab.

---

63) Vgl. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 12 ff.; in Betracht kommt nur eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft; sie wird bei der GmbH allgemein bejaht (vgl. den Überblick über die Literatur bei Zöllner, S. 336, Fn. 2 b), bei der AG dagegen überwiegend abgelehnt (vgl. den Überblick über die Literatur bei Fechner, S. 37, Fn. 1 und Zöllner, S. 336, Fn. 3).

64) BGH, NJW 1951, 268.

65) BB 1961, 261 ff.

66) Festschrift für Nipperdey, S. 4o1 ff.

67) Vgl. zur Stimmrechtsbindung bei Personengesellschaften ferner Baumbach-Duden, § 119 Anm. 2 G; RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 33 ff.; Hueck, OHG, § 11 II 3; Schlegelberger-Geßler, § 119 Rz. 1; Soergel-Hefermehl, § 134 Rz. 44; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 7o9 Rz. 39; Westermann, Handbuch, I Rz. 277.

68) A.a.O., S. 262.

Ein Personenhandelsgesellschafter verletze seine Treuepflicht, wenn er die Entscheidung darüber, ob eine Stimmausübung dem Wohl der Gesellschaft entspreche, allgemein einem Nichtgesellschafter überlasse, der für die Maßnahmen, über die er mitbefinde, nicht einzustehen habe, ein Risiko aus dieser Entscheidung nicht übernehme und nicht zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft verpflichtet sei. Hueck [69] weist demgegenüber darauf hin, daß die Stimmrechtsbindung durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht eingeschränkt sei [70], und hält Stimmrechtsbindungsvereinbarungen in diesem Rahmen generell für zulässig.

Gegen die Meinung von Hueck ergeben sich jedoch Bedenken. Würde man eine Stimmrechtsbindung ohne Zustimmung der Mitgesellschafter für zulässig erklären, so würde die Willensbildung - rechtlich sanktioniert - teilweise außerhalb der Gesellschaft erfolgen, ein außenstehender Dritter könnte über die Stimmrechtsbindung ohne Zustimmung der Mitgesellschafter Einfluß auf die Belange der Gesellschaft nehmen. Davor sollen die Gesellschafter aber gerade durch die Nichtübertragbarkeit der Beteiligung und die Höchstpersönlichkeit der Verwaltungsrechte geschützt werden. Da der außerhalb der Gesellschaft stehende Dritte nicht unmittelbar der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unterliegt, besteht ferner die Gefahr mißbräuchlicher Weisungen und damit - trotz Begrenzung der Stimmrechtsbindung durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht -

---

69) A.a.O., S. 416 ff.

70) Zur Einschränkung der Interessenwahrungspflicht des Treuhänders durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht vgl. oben, S. 23.

pflichtwidriger Abstimmungen. Demgemäß ist eine Stimmrechtsbindung mit einem außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten und damit auch eine Stimmrechtsbindungsvereinbarung zwischen Treuhänder und Treugeber ohne Zustimmung der Mitgesellschafter unzulässig [71] [72].

Somit ist - betrachtet man die einzelnen Klauseln des Treuhandvertrags (Modell II) isoliert - sowohl die Verpflichtung zur Auskunfts- und Informationserteilung als auch die Verpflichtung zur Ausübung des Stimmrechts nach den Weisungen des Treugebers mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unvereinbar, so daß insoweit die Zustimmung der Mitgesellschafter erforderlich ist. Es würde sich dabei allerdings nicht um ein Zustimmungserfordernis im Sinne einer Wirksamkeitsvoraussetzung für die obengenannten Klauseln und damit über § 139 BGB für den gesamten Treuhandvertrag handeln, sondern die Zustimmung hätte lediglich die Funktion, Treuhandvertrag und Gesellschaftsvertrag in Einklang zu bringen, der Treuhandvertrag würde

---

71) Ebenso RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 34; ders. GmbHRdsch. 1953, 67 (für die personalistische GmbH); ferner Baumbach-Duden, § 119 Anm. 2; Soergel-Hefermehl, § 134 Rz. 44. Ebenso wie Hueck, a.a.O., dagegen Schlegelberger-Geßler, § 119 Rz. 1; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 709 Rz. 39; Westermann, Handbuch, I Rz. 277.

72) Die Streitfrage verliert allerdings dadurch an Bedeutung, daß ein Stimmrechtsbindungsvertrag ohne Zustimmung der Mitgesellschafter von geringem praktischem Wert ist, weil der Gesellschafter keine Auskünfte und Informationen über die Interna der Gesellschaft, die zur Erteilung von Weisungen meist erforderlich sind, an Dritte weitergeben darf. Darauf weist auch Hueck (a.a.O., S. 420) hin.

dadurch nicht unmittelbar berührt. Insgesamt kommt der Abschluß eines solchen Treuhandvertrags jedoch materiell der Übertragung der Beteiligung auf den Treugeber gleich. Das legt den Schluß nahe, das Zustimmungserfordernis für die dingliche Übertragung der Beteiligung auch auf den obligatorischen Treuhandvertrag zu erstrecken.

Das RG hatte sich in RGZ 69, 134 ff. im Hinblick auf vinkulierte GmbH-Anteile mit einem Fall zu beschäftigen, in dem Veräußerer und Erwerber mit Rücksicht darauf, daß die Gesellschaft die Genehmigung der Anteilsübertragung verweigerte, die dingliche Übertragung durch einen obligatorischen Treuhandvertrag ersetzt hatten, nach dem der Veräußerer den Anteil im Auftrag und für Rechnung des Erwerbers verwalten und das Stimmrecht nach den Weisungen des Treugebers ausüben sollte. Das RG hielt die Stimmrechtsbindung, durch die der Treugeber gegen den Willen der anderen Gesellschafter Einfluß auf die Belange der Gesellschaft nehmen konnte, für sittenwidrig (§ 138 BGB) und erklärte über § 139 BGB den gesamten Treuhandvertrag für nichtig. Diese Entscheidung wird jedoch allgemein als zu weitgehend abgelehnt [73]. Sie gehört noch zu der - später aufgegebenen - Rechtsprechung des RG, die Stimmrechtsbindungsverträge als gegen die guten Sitten verstoßend ansah [74]. In RGZ

---

73) Vgl. Baumbach-Hueck, GmbHG, § 15 Anm. 5 A; Hachenburg-Schilling, § 15 Anm. 57; Scholz, § 15 Rz. 4o.

74) Vgl. oben, S. 25.

159, 272 (28o ff.) erstreckte das RG dann das statuarische Zustimmungserfordernis für die Anteilsübertragung auch auf Treuhandverträge, die - wirtschaftlich gesehen - einem Gesellschafterwechsel gleich kommen [75]. Bereits in RGZ 1o3, 195 (199) hatte das RG das Genehmigungserfordernis für die Anteilsübertragung auf einen Nichtgesellschafter auf den Erwerb eines Anteils durch einen Gesellschafter als Strohmann eines außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten ausgedehnt. Diese Rechtsprechung des RG hat überwiegend Zustimmung gefunden [76].

Die Annahme der Sittenwidrigkeit kommt - angesichts des darin liegenden Vorwurfs und der Nichtigkeitsfolge - nur in extrem liegenden Fällen in Betracht [77]. Die Nichtigkeitsfolge würde in den hier behandelten Fällen "über das Ziel hinausschießen": Der obligatorische Treuhandvertrag ersetzt die dingliche Übertragung des Anteils; diese ist aber, sofern sie ohne Zustimmung der Gesellschaft vorgenommen wird, nur schwebend unwirksam und kann von der Gesellschaft genehmigt werden. Weitergehende Rechtsfolgen sind deshalb auch im Hinblick auf einen Treuhandvertrag, der die Übertragung des Anteils ersetzen soll,

---

75) In der Entscheidung ging es zwar um die Übertragung der Treugeberrechte (dazu noch unten, S.35ff.). Der Übertragung der Anteile auf den Treuhänder hatte die Gesellschaft in Kenntnis der Treuhändereigenschaft zugestimmt. Für die Begründung des Treuhandverhältnisses gilt aber das gleiche wie für die Übertragung der Treugeberrechte.

76) Vgl. Baumbach-Hueck,GmbHG, §15 Anm.5A; Hachenburg-Schilling, § 15 Anm. 51 a und 57; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 84; a.A. dagegen Scholz, § 15 Rz. 4o.

77) Ramm, JZ 197o, 129 (13o).

regelmäßig unangemessen. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die treuhänderische Bindung zum Schaden der Gesellschaft verheimlicht werden soll. In einem solchen Fall kann der Treuhandvertrag - je nach den Umständen des Einzelfalles - mit Rücksicht auf die Motive der Beteiligten sittwidrig und damit nach § 138 BGB nichtig sein. Wollte man andererseits das Zustimmungserfordernis nicht auf Treuhandverträge ausdehnen, so würde man - wie das RG mit Recht ausgeführt hat [78] - "einer Umgehung der nach § 15 Abs. 5 GmbHG. zulässigen Beschränkung in der Verfügung über Geschäftsanteile Tür und Tor öffnen".

Diese Grundsätze müssen auch auf Personenhandelsgesellschaften übertragen werden [79]. Hier kommt hinzu, daß - wie oben dargelegt wurde - eine Stimmrechtsbindung ohne Zustimmung der Mitgesellschafter mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unvereinbar ist. Erstreckt man das Zustimmungserfordernis für die Übertragung der Beteiligung auch auf Treuhandverträge, so wird eine Inkongruenz zwischen Treuhandvertrag und Gesellschaftsvertrag vermieden.

---

78) RGZ 159, 272 (282).

79) Der BGH ist in BGH, NJW 1970, 468 auf die Frage der Ausdehnung des Zustimmungserfordernisses für die Übertragung der Beteiligung auf Treuhandverträge nicht näher eingegangen, obwohl der Fall dazu Veranlassung gegeben hätte. Soweit aus den Entscheidungsgründen zu ersehen ist, hatte der Kläger, da nicht alle Gesellschafter einer Übertragung der Beteiligung auf den Beklagten zustimmten, mit diesem die Abtretung der Auseinandersetzungs- und Gewinnansprüche, die Freistellung vom gesellschaftlichen Risiko, eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht (dazu genügte offensichtlich die Zustimmung der einfachen Mehrheit der Gesellschafter) und eine schuldrechtliche Stimmrechtsbindung vereinbart. Das Berufungsgericht maß dieser Vereinbarung zu Recht den Charakter einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Beteiligung zu. Der BGH ging dagegen nur auf die Stimmrechtskonstruktion ein und sah darin eine unzulässige Umgehung des Abspaltungsverbots.

Wenn Treuhänder und Treugeber den Treuhandvertrag "in Vollzug setzen", ohne daß die Genehmigung der anderen Gesellschafter eingeholt oder obwohl die Genehmigung des Treuhandvertrags verweigert worden ist, so verletzt der Treuhänder die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, so daß die anderen Gesellschafter gegen ihn Sanktionen ergreifen und - je nach den Umständen des Einzelfalls - die Ausschließungsklage (§ 14o HGB) erheben können.

Etwas anders liegt die Problematik in den Fällen, in denen der Treugeber dem Treuhänder die Beteiligung überträgt oder in denen der Treuhänder die Beteiligung im Auftrag des Treugebers erwirbt.

Überträgt der Treugeber die Beteiligung auf den Treuhänder, so liegt darin formal ein Gesellschafterwechsel, für den die Zustimmung der anderen Gesellschafter erforderlich ist [8o]. Erfolgt die Zustimmung in Unkenntnis der treuhänderischen Bindung, so berührt das zwar den Treuhandvertrag nicht, weil mangels eines Umgehungstatbestands das Zustimmungserfordernis im Sinne einer Wirksamkeitsvoraussetzung nicht auf den Treuhandvertrag erstreckt werden kann. Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht sind jedoch sowohl der in die Gesellschaft eintretende Treuhänder als auch der aus der Gesellschaft ausscheidende Treugeber zur Offenlegung des treuhänderischen Charakters der Übertragung verpflichtet. Das bedeutet, daß die anderen Gesellschafter ihre Zustimmung zur Übertragung

---

8o) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1b; vgl. ferner im Hinblick auf vinkulierte GmbH-Anteile RG, JW 1931, 2967 mit Anm. Hachenburg; Heining, GmbHRdsch. 1954, 98 (99); Hachenburg-Schilling, § 15 Anm. 51a; Scholz, § 15 Rz. 4o.

der Beteiligung auf den Treuhänder wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB anfechten können, wenn ihnen der treuhänderische Charakter der Übertragung vorenthalten wird [81]. Die wirksame Anfechtung der Zustimmung führt zur fehlerhaften Aufnahme des Treuhänders und zum fehlerhaften Ausscheiden des Treugebers aus der Gesellschaft [82]. Angesichts des eigenen Treueverstoßes kann der ausgeschiedene Treugeber aber nicht die Wiederaufnahme in die Gesellschaft verlangen.

Wenn der Treuhänder die Beteiligung als Strohmann des Treugebers erworben hat, können die anderen Gesellschafter, wenn sie vom wahren Sachverhalt Kenntnis erlangen, den Gesellschaftsvertrag oder den Aufnahmevertrag - je nachdem, ob der Treuhänder an der Gesellschaftsgründung teilgenommen hat oder später in die

---

81) Vgl. Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 84 ("Auch ohne ausdrückliche dahingehende Frage wird die Gesellschaft die Zustimmung anfechten können, wenn sich herausstellt, daß der Erwerb auf fremde Rechnung geschah."); ferner RG, JW 1932, 2599 (Anfechtung bei Erwerb von vinkulierten Namensaktien durch Strohmann).

82) Die Rechtsfolgen bei fehlerhafter Aufnahme und fehlerhaftem Ausscheiden sind im einzelnen problematisch. Überwiegend werden die zur fehlerhaften Ge-Gesellschaft entwickelten Grundsätze entsprechend angewandt, vgl. BGHZ 44, 235, 236 (fehlerhafte Aufnahme) und BGH, GmbHRdsch. 1969, 267 (fehlerhaftes Ausscheiden); vgl. ferner Fischer, NJW 1955, 849 ff.; Hueck, OHG, § 7 III 7 b; Schlegelberger-Geßler, § 105 Rz. 62 o; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 705 Rz. 96; Westermann, Handbuch, I Rz. 758; a.A. Ganssmüller, NJW 1956, 698 (699). Nach BGH, WM 1968, 892 soll zwar die Übertragung des Gesellschaftsanteils und das damit verbundene Ausscheiden des Gesellschafters nicht der Gesellschaft gegenüber im Wege der Anfechtung nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft rückgängig gemacht werden können. In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es aber um eine Anfechtung des ausgeschiedenen Gesellschafters. Zu dieser Entscheidung auch noch unten, S. 95 f.

bestehende Gesellschaft eingetreten ist - ebenfalls nach § 123 BGB anfechten. Die Rechtsfolgen richten sich dann nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft [83] oder die fehlerhafte Aufnahme [84]. Der Treuhandvertrag verstößt gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), wenn die Einschaltung des Strohmanns erfolgt, um die Gesellschaft zu schädigen [85].

4. Zulässigkeit der verdeckten Treuhand, wenn die Beteiligung frei übertragbar ist

a) Zustimmungserfordernis

Wenn die Beteiligung frei übertragbar ist, kommt darin zum Ausdruck, daß sie - ebenso wie im Normalfall bei einer Kapitalgesellschaft - nicht an die Person der Gesellschafter gebunden ist. Da die Beteiligung ohne Zustimmung der Mitgesellschafter auf einen außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten übertragen werden kann, wird eine Stimmrechtsbindung allgemein für zulässig gehalten [86]. Auch gegen eine

---

83) Allgemein zur fehlerhaften Gesellschaft vgl. die Darstellungen bei Hueck, OHG, § 7; RGRK-HGB-Fischer, § 105 Anm. 68 ff.; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 705 Rz. 80 ff. und Westermann, Handbuch, I Rz. 750 ff. jeweils mit Überblick über Rspr. und Literatur.

84) Vgl. oben, S. 33, Fn. 82.

85) Die Sittenwidrigkeit des Erwerbs von vinkulierten Namensaktien durch einen Strohmann wurde von RG, JW 1932, 2599 verneint. Wiedemann (Übertragung und Vererbung, S. 84) hält die Entscheidung in dieser Allgemeinheit für bedenklich, weil die Gesellschaft allein schon durch die Vinkulierung zu erkennen gebe, daß sie die Zustimmung dem Erwerber als solchem erteile. Durch die Anfechtungsmöglichkeit dürfte die Gesellschaft aber meist ausreichend geschützt sein.

86) Ausdrücklich für Zulässigkeit in diesem Fall neben den oben (S.28, Fn.71) Genannten auch RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 34.

treuhänderische Bindung ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter bestehen unter diesen Umständen keine Bedenken, da sie lediglich ein Minus gegenüber der zustimmungsfreien Abtretung ist.

b) Offenlegungspflicht

Wenn die Mitgesellschafter ein schutzwürdiges Interesse daran haben, kann aber im Einzelfall aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht die Verpflichtung zur Offenlegung des Treuhandverhältnisses folgen. Zu berücksichtigen ist allerdings, daß angesichts des weniger engen Verhältnisses der Gesellschafter untereinander an die Treuepflicht geringere Anforderungen gestellt werden müssen als im Normalfall der OHG oder KG. Eine Offenlegungspflicht wird man aber wieder bejahen müssen, wenn der Treugeber ein Konkurrent der Gesellschaft ist, so z.B. in folgendem Fall:

> Eine Familien-KG, deren Kommanditanteile frei übertragbar sind, erwirtschaftet für längere Zeit keinen Gewinn. Ein Teil der Kommanditisten ist deshalb veräußerungswillig. Ein Konkurrenzunternehmen erwirbt den Anteil eines Kommanditisten, schließt aber mit diesem anstelle des dinglichen Übertragungsvertrags einen Treuhandvertrag, wonach dieser die Beteiligung zunächst als Strohmann des Erwerbers weiterverwalten soll. In der Folgezeit wird nach und nach die Mehrheit der KG-Anteile aufgekauft. Dann läßt sich der Erwerber die KG-Anteile übertragen und tritt plötzlich als Mehrheitskommanditist der KG auf.

5. Die Übertragung der Treugeberrechte

In den Rahmen der mit dem verdeckten Treuhandverhältnis zusammenhängenden Problematik gehört auch die Frage der Übertragung der Treugeberrechte: Bedarf die Übertragung der Treugeberrechte der Zustimmung der Mitge-

sellschafter oder muß sie den Mitgesellschaftern offengelegt werden ?

a) Rechtlicher Charakter des Übertragungsgeschäfts

Wie die Übertragung der Treugeberrechte rechtstheoretisch einzuordnen ist, ist nicht ganz unproblematisch. Es handelt sich, weil der neue Treugeber in die gesamte Rechtsstellung des bisherigen Treugebers einrücken soll, um eine Vertragsübernahme. Eine Vertragsübernahme als allgemeines Rechtsinstitut sieht das Schuldrecht zwar nicht vor, sie läßt sich aber durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Forderungsabtretung (§§ 398 ff. BGB) und die Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB) erreichen [87]. Da die Rechte aus dem Treuhandvertrag im Zweifel nicht abtretbar sind (vgl. § 664 und §§ 675, 613 BGB) und die Schuldübernahme der Zustimmung des Gläubigers bedarf (§ 415 Abs. 1 BGB), ist die Zustimmung des Treuhänders zur Übertragung der Treugeberrechte in jedem Fall erforderlich [88]. Zweckmäßigerweise wird aber

---

87) Palandt-Danckelmann, § 398 Anm. 4; vgl. zur Vertragsübernahme ferner Erman-Westermann, § 398 Anm. 2;Soergel-Reimer Schmidt, vor § 398 Rz. 4 und 5.

88) Auch im Hinblick auf die Übertragung der Treugeberrechte kann zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft unterschieden werden. Ebenso wie ein Gesellschafter ohne Zustimmung der Mitgesellschafter einen Vertrag, in dem er sich zur Übertragung der Beteiligung verpflichtet, schließen darf (vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 318), bedarf ein Vertrag, in dem sich der Treugeber zur Übertragung der Treugeberrechte verpflichtet, weder der Zustimmung des Treuhänders noch der Zustimmung der übrigen Gesellschafter.

die Übernahme der Treugeberstellung durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Treuhänder, dem bisherigen Treugeber und dem neuen Treugeber geregelt [89].

b) Begründung eines verdeckten Treuhandverhältnisses durch Übertragung der Treugeberrechte

Die Billigung der Treuhänderstellung durch die Mitgesellschafter bezieht sich regelmäßig nur auf das konkrete Treuhandverhältnis. Der Abschluß eines Treuhandvertrags durch einen Gesellschafter, der bisher Gesellschafter im eigenen Interesse war, ohne Zustimmung der Mitgesellschafter und die Übertragung der Treugeberrechte ohne Zustimmung der Mitgesellschafter sind demgemäß im Hinblick auf das Schutzbedürfnis der Gesellschafter gleichzubehandeln. Das bedeutet, daß das Zustimmungserfordernis für die Übertragung der Beteiligung auch auf die Übertragung der Treugeberrechte erstreckt werden muß, wenn der Treugeber aufgrund des Treuhandvertrags Einfluß auf die Belange der Gesellschaft nehmen kann [90].

Von Westermann sind dagegen allerdings Bedenken im Hinblick auf § 137 BGB geäußert worden [91]. Danach kann

---

89) Vgl. zur Heranziehung beider Vertragspartner des alten Schuldverhältnisses RGZ 119, 118; BGHZ 44, 231; OLG Nürnberg, NJW 1965, 1920.

90) So die überwiegende Meinung im Hinblick auf die gleichliegende Problematik bei vinkulierten GmbH-Anteilen, vgl. RGZ 159, 272 (280 ff.); Baumbach-Hueck, GmbHG, § 15 Anm. 5 A; Hachenburg-Schilling, § 15 Anm. 51 a und 57 und Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 84.

91) Handbuch, I Rz. 113 1 d; dagegen auch Scholz, § 15 Rz. 40.

die Befugnis, über ein veräußerliches Recht zu verfügen, nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Treugeberrechte sind zwar insofern keine veräußerlichen Rechte, als sie nicht ohne Zustimmung des Treuhänders übertragen werden können. Der Verstoß gegen § 137 BGB könnte deshalb nur darin gesehen werden, daß die Übertragbarkeit darüber hinaus von der Zustimmung der Gesellschafter abhängig gemacht wird. Die Vorschrift des § 137 BGB ist jedoch in erster Linie eine formale Ordnungsvorschrift [92], die hinter dem Schutzbedürfnis der Gesellschafter vor einer Umgehung des Zustimmungserfordernisses für die Übertragung der Beteiligung zurückstehen muß. Angesichts der Gleichheit des Umgehungstatbestands beim Abschluß eines Treuhandvertrags durch einen Gesellschafter, der bisher Gesellschafter im eigenen Interesse war und bei der Übertragung der Treugeberrechte müssen beide Fälle gleichbehandelt werden.

Mit Zustimmung der Gesellschafter gehen auch etwaige unmittelbare Rechte, die dem Treugeber in der Gesellschaft eingeräumt sind, auf den neuen Treugeber über.

Soweit die Zustimmung der übrigen Gesellschafter - entsprechend den oben aufgestellten Grundsätzen für den Abschluß des Treuhandvertrags - für die Übertragung der Treugeberrechte nicht erforderlich ist, kann der Treuhänder jedoch verpflichtet sein, den Gesellschaftern den Wechsel des Treugebers mitzuteilen.

---

92) Zur Funktion des § 137 BGB noch eingehender unten, S. 101 ff.

Auch insoweit gelten die oben für die Offenlegung des Treuhandverhältnisses aufgestellten Grundsätze.

§ 5 Abgrenzung zur Unterbeteiligung

Abgrenzungsfragen ergeben sich insbesondere zur Unterbeteiligung.

I. Begriff der Unterbeteiligung

Die Unterbeteiligung besteht in der Beteiligung an einer Gesellschaftsbeteiligung (Hauptbeteiligung). Die Einräumung der Unterbeteiligung vollzieht sich in der Weise, daß zwischen dem an der Hauptgesellschaft Beteiligten und dem Dritten eine BGB-Gesellschaft (§ 705 BGB) gebildet wird, deren Zweck es ist, "den Anteil an der Hauptgesellschaft zu 'halten', insbesondere gewinnbringend zu nutzen" [93] (Unterbeteiligungsgesellschaft). Der Hauptbeteiligte ist jedoch nach außen, den Gesellschaftern der Hauptgesellschaft und Dritten gegenüber, alleiniger Inhaber der Beteiligung und dem Unterbeteiligten gegenüber nur im Innenverhältnis verpflichtet, die Beteiligung als Gesellschaftsvermögen der Unterbeteiligungsgesellschaft zu behandeln. Die Unterbeteiligungsgesellschaft ist somit reine Innengesellschaft [94].

---

93) Westermann, Handbuch, I Rz. 348.

94) Vgl. zum Begriff der Unterbeteiligung BGH, BB 1968, 973; Böttcher-Zartmann, S. 24; Esch, NJW 1964, 902 (903); Herzfeld, AcP 137, 270; Paulick, S. 95; Westermann, Handbuch, I Rz. 940; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 312/313.

Von der Unterbeteiligung wiederum zu unterscheiden ist die stille Gesellschaft (§§ 335 ff. HGB). Der stille Gesellschafter geht mit der Gesellschaft als solcher, nicht mit deren Gesellschaftern ein Gesellschaftsverhältnis ein [95]. Die stille Gesellschaft ist demnach eine Form der unmittelbaren Beteiligung, während die Unterbeteiligung wie ein Treuhandverhältnis eine mittelbare Beteiligung an der Hauptgesellschaft darstellt.

II. Unterbeteiligung und Verwaltungstreuhand

Unterbeteiligung und Verwaltungstreuhand unterscheiden sich dadurch, daß bei der Unterbeteiligung der Hauptbeteiligte Gesellschafter für eigene und für fremde Rechnung ist, während bei der Verwaltungstreuhand der Gesellschafter ausschließlich für fremde Rechnung handelt [96]. Im Innenverhältnis besteht zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem ein Gesellschaftsverhältnis, das Treuhandverhältnis hat dagegen Auftrags- oder Geschäftsbesorgungscharakter [97].

Neben dieser formalen Unterscheidung lassen sich folgende charakteristischen Unterschiede aufzeigen:

---

95) Vgl. BGH,WM 196o, 187; Böttcher-Zartmann, S. 4o; Paulick, S. 95 und Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 312, der jedoch terminologisch nicht zwischen Unterbeteiligung und stiller Gesellschaft unterscheidet, sondern von der Unterbeteiligung an der Mitgliedschaft und der Unterbeteiligung an der Gesellschaft selbst spricht.

96) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1a; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 387.

97) So ausdrücklich Herzfeld, AcP 137, 27o (273).

Die Unterbeteiligung erstreckt sich in der Regel nur auf das Vermögenselement der Beteiligung. Der Unterbeteiligte hat mithin keinen Einfluß auf die Unternehmensführung über eine Stimmrechtsbindung, der Hauptbeteiligte ist lediglich verpflichtet, den Interessen des Unterbeteiligten - entsprechend seiner kapitalmäßigen Beteiligung in der Unterbeteiligungsgesellschaft - Rechnung zu tragen. Der stärkeren Stellung des Hauptbeteiligten entspricht auch die Möglichkeit der Kündigung, die zum Ausscheiden des Unterbeteiligten gegen eine Abfindung führt (analog §§ 339, 132 ff. HGB) [98].

Demgegenüber ist die Machtverteilung bei der Verwaltungstreuhand umgekehrt. Die Stellung des Treugebers ist in jedem Fall - auch wenn der Treuhänder aufgrund des Treuhandvertrags eine selbständige Stellung hat - dominierend. Der Treuhänder hat im Rahmen des gesellschaftsvertraglich Zulässigen ausschließlich die Interessen des Treugebers zu verfolgen. Meist enthält der Treuhandvertrag darüber hinaus eine Stimmrechtsbindung, durch die der Treugeber konkreten Einfluß auf die Belange der Gesellschaft nehmen kann. Insgesamt ist der Treugeber im Gegensatz zum Unterbeteiligten wirtschaftlich gesehen

---

98) Die Vorschriften über die stille Gesellschaft (§§ 335 ff. HGB) sind auf die Unterbeteiligungsgesellschaft nicht unmittelbar anwendbar. Wegen der Gleichheit der Interessenlage müssen jedoch einzelne Vorschriften entsprechend angew werden, vgl. dazu insbesondere Esch, NJW 1964, 902 ff.

der "eigentliche Gesellschafter" [99].

In atypischen Fällen, nämlich dann, wenn der Unterbeteiligte aufgrund des Umfangs seiner kapitalmäßigen Beteiligung in der Unterbeteiligungsgesellschaft die stärkere Position einnimmt und mittelbar weitgehenden Einfluß auf die Wahrnehmung der Rechte in der Hauptgesellschaft nehmen kann, kann die Stellung des Hauptbeteiligten aber auch der eines Treuhänders ähneln oder ihr materiell sogar gleichzusetzen sein. Das sollen einige Beispiele verdeutlichen:

In einem von Herzfeld [100] wiedergegebenen Fall aus der Praxis hatte eine Bank, die sich an einem Unternehmen für fremde Rechnung beteiligte, als Entgelt eine "Unterbeteiligung" am Gewinn erhalten. Die Bank handelte somit für eigene und für fremde Rechnung. Gleichwohl hatte der Kunde nicht nur materiell - aufgrund seines Weisungsrechts und der im Ergebnis alleinigen Beteiligung an der Substanz war er wirtschaftlich gesehen der "eigentliche Beteiligte" -, sondern auch formal die Stellung eines Treugebers,

---

99) Vgl. zur Abgrenzung von Unterbeteiligung und Treuhand neben Westermann und Wiedemann (a.a.O., Fn. 96) und Herzfeld (a.a.O., Fn. 97) Böttcher-Zartmann, S. 51; Cölle, Diss., S. 53 ff.; Janberg, DB 1953, 77/78; Wolff, Diss., S. 93 ff.

100) AcP 137, 270 (274).

weil das Innenverhältnis ein Geschäftsbesorgungsverhältnis mit partiarischem Charakter ist.

Der Fall läßt sich nun dahin abwandeln, daß die Bank nicht nur am Gewinn, sondern auch an der Substanz beteiligt wird. War bei der vorigen Fallgestaltung das Innenverhältnis partiarischer Art, so dürfte in diesem Fall zwischen der Bank und dem Kunden ein Gesellschaftsverhältnis bestehen, das auf die gemeinsame Verwaltung der Beteiligung gerichtet ist. Diese Unterbeteiligungsgesellschaft weist allerdings atypische Züge auf: Aufgrund seiner überwiegenden kapitalmäßigen Beteiligung wird der Unterbeteiligte anders als im typischen Fall der Unterbeteiligung auch mittelbar über die Ausübung der Gesellschafterrechte in der Hauptgesellschaft bestimmen, zumindest aber muß die Bank sich in erster Linie von den Interessen des Unterbeteiligten und nicht von ihren eigenen Interessen leiten lassen. Materiell hat die Unterbeteiligung in diesem Fall Treuhandcharakter.

Häufig wird in der Praxis auch eine vorweggenommene Erbfolge an einer Gesellschaftsbeteiligung in der Weise durchgeführt, daß die bereits volljährigen Kinder eine Beteiligung an der Gesellschaft erhalten und den noch minderjährigen Kindern eine Unterbeteiligung daran eingeräumt wird mit der Möglichkeit, diese bei Erreichen der Volljährigkeit in eine unmittelbare Beteiligung an der Hauptgesellschaft umzuwandeln. Auch diese Gestaltung ähnelt einem Treuhandverhältnis. Der Hauptbeteiligte verwaltet den dem Unterbeteiligten zustehenden

Anteil an der Hauptbeteiligung solange, bis der Unterbeteiligte die Volljährigkeit erreicht hat. Der gleiche Zweck könnte, wenn das nicht den Interessen der Gesellschafter widerspräche oder keine zusätzlichen Verwaltungskosten verursachen würde, dadurch erreicht werden, daß ein Dritter als Treuhänder in die Gesellschaft aufgenommen und mit der Verwaltung der Beteiligung für den Minderjährigen beauftragt wird.

Die Beispiele zeigen, daß es zahlreiche Gestaltungen gibt, in denen eine Unterbeteiligung materiell Elemente der Treuhand enthält. H. Schneider hat daraus die Konsequenz gezogen und die Unterbeteiligung als "wirtschaftlichen Begriff" bezeichnet. Je nach dem Zweck, dem die Unterbeteiligung diene, lasse sie sich in verschiedenen Rechtsformen verwirklichen. Die Unterbeteiligung eröffne somit für rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten ein weites Feld [101]. Ob man so weit gehen kann, die Unterbeteiligung lediglich als wirtschaftlichen Begriff zu bezeichnen, erscheint zwar fraglich, da dem Begriff der Unterbeteiligung typische Fälle mit typischen Rechtsfolgen zugrunde liegen. Sicherlich kann aber die formale Abgrenzung zwischen Treuhand und Unterbeteiligung in atypischen Fällen nicht entscheidend sein. Die Rechtsfolgen müssen sich vielmehr nach dem materiellen Gehalt der "mittelbaren Beteiligung" richten. In dem oben angeführten zweiten Beispiel führt der Treuhandcharakter der

---

101) Festschrift für Möhring, S. 115 (117).

Unterbeteiligung z. B. dazu, daß - sofern die Beteiligten nicht ohnehin schon eine ausdrückliche dahingehende Regelung getroffen haben - eine Kündigung der Bank gegenüber dem Unterbeteiligten mit der Folge, daß dieser gegen Abfindung ausscheidet (analog §§ 339, 132 ff. HGB), nicht in Betracht kommt. Die Abwicklung muß vielmehr wie bei einem Treuhandverhältnis erfolgen, nämlich entweder - sofern die anderen Gesellschafter der Hauptgesellschaft dem zustimmen - durch Übertragung der Beteiligung auf den Unterbeteiligten gegen eine Abfindung oder durch Kündigung der Hauptgesellschaft und entsprechende Teilung des Liquidationserlöses. Ebenso wird man - je nach den Umständen des Einzelfalls - das Zustimmungserfordernis für die Übertragung der Beteiligung auch auf den Abschluß des Unterbeteiligungsvertrags ausdehnen müssen, wenn ein Gesellschafter, der seine Beteiligung bisher im eigenen Interesse hielt, einem Dritten eine Unterbeteiligung einräumt, aufgrund deren der Dritte im Innenverhältnis allein die Ausübung der Gesellschafterrechte bestimmt [102].

Zusammenfassung

Treuhandverhältnisse sind dadurch gekennzeichnet, daß der Treuhänder nach außen mehr Rechte erhält, als

---

102) Die Einräumung einer Unterbeteiligung bedarf nach allgemeiner Ansicht in Rspr. und Literatur nicht der Zustimmung der übrigen Gesellschafter, sofern der Gesellschaftsvertrag das nicht ausdrücklich vorschreibt, vgl. BGH, BB 1968, 973 (974); Böttcher-Zartmann, S. 52; Herzfeld, AcP 137, 270 (273); Janberg, DB 1953, 77 (78); Sudhoff, Personengesellschaften, S. 46; Westermann, Handbuch, I Rz. 946, 947; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 313.

ihm im Verhältnis zum Treugeber wirtschaftlich zustehen sollen. Bezüglich der Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft ist ein Treuhandverhältnis nur in der Form möglich, daß der Treuhänder Inhaber des Vollrechts wird. Die in der gesellschaftsrechtlichen Praxis wohl überwiegenden Fälle, in denen der Treuhänder die Beteiligung im Auftrag des Treugebers erwirbt oder in denen ein Gesellschafter im eigenen Interesse durch vertragliche Vereinbarung Treuhänder eines Dritten wird, sind lediglich Treuhandverhältnisse im weiteren Sinne,weil es an der Übertragung des Treuguts vom Treugeber auf den Treuhänder fehlt. Da Treuhandverhältnisse materiell allein durch die Rechtsinhaberschaft des Treuhänders und die obligatorische Treuhandabrede, die das Treugut wirtschaftlich dem Treugeber zuweist, gekennzeichnet sind, spielt die Unterscheidung zwischen Treuhand im rechtlichen und Treuhand im weiteren Sinne im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Problematik keine Rolle. Bei der Verwaltungstreuhand, auf die sich die Untersuchung beschränkt, ist der Treuhänder ausschließlich Gesellschafter im fremden Interesse.

Der Treuhänder-Gesellschafter steht in zwei sich überlagernden Treuebindungen - gegenüber den Mitgesellschaftern und gegenüber dem Treugeber. Primär wird seine Rechtsstellung jedoch durch den Gesellschaftsvertrag und nur sekundär durch den Treuhandvertrag bestimmt. Als Grundsatz gilt, daß das Treuhandverhältnis nicht unmittelbar in die Beziehungen der Gesellschafter untereinander eingreifen kann. Als Gesellschafter ist der Treuhänder Träger aller sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten. Aufgrund des Treuhandvertrags

ist er verpflichtet, die Beteiligung im Interesse und für Rechnung des Treugebers zu verwalten. Die treuhänderische Bindung kann sich lediglich auf die übertragbaren Gesellschafterrechte beziehen. In der Regel wird aber eine obligatorische Bindung hinsichtlich aller Gesellschafterrechte vereinbart. Wenn die treuhänderische Bindung sich auch auf die höchstpersönlichen Gesellschafterrechte erstrecken soll, müssen die Mitgesellschafter dem Treuhandverhältnis zustimmen. Das gilt auch für den Wechsel des Treugebers.

Abzugrenzen ist die Verwaltungstreuhand insbesondere von der Unterbeteiligung. Der Hauptbeteiligte ist im Gegensatz zum Treuhänder Gesellschafter für eigene und für fremde Rechnung. Zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem besteht eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, während das Treuhandverhältnis Auftrags- oder Geschäftsbesorgungscharakter hat. Materiell kann die Unterbeteiligung in atypischen Fällen einem Treuhandverhältnis sehr nahekommen.

Zweiter Teil: Erscheinungsformen der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften

Angesichts der Vielfalt der Erscheinungsformen der Verwaltungstreuhand in der gesellschaftsrechtlichen Praxis [1] kann die folgende Darstellung nur den Charakter eines Überblicks tragen. Die Gliederung folgt der bei uneigennützigen Treuhandverhältnissen üblichen Unterscheidung zwischen Vereinfachungsfunktion, Verbergungsfunktion und Umgehungsfunktion [2]. Die Fälle, die sich nicht in dieser Weise systematisch erfassen lassen, werden zum Schluß behandelt.

Der wirtschaftliche Zweck, den die Beteiligten, insbesondere der Treugeber mit dem Treuhandverhältnis verfolgen, ist im konkreten Einzelfall für die Auslegung des Treuhandvertrags und für die Ausfüllung von Vertragslücken von Bedeutung, da dabei in erster Linie der Parteiwille zu berücksichtigen ist und dieser sich meist aus dem wirtschaftlichen Zweck konkretisieren lassen wird. Ein Rückgriff auf die gesetzliche Regelung des Auftrags (§§ 662 ff. BGB) oder des Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) wird demgegenüber regelmäßig nicht in Betracht kommen [3].

---

1) Vgl. dazu insbesondere die Darstellung bei Bott, Diss., S. 27 ff. und Wolff, Diss., S. 98 ff.; im Hinblick auf das GmbH-Recht vgl. z.B. Zahn, S. 6 ff. und Kuhn, Strohmanngründung, S. 21 ff.

2) Vgl. Siebert, Treuhandverhältnis, S. 29 ff.; Liebich, S. 95 ff.; v.Kries, Diss., S. 4 ff.; Kuhn (a.a.O.) unterscheidet demgegenüber nach Motiven außerrechtlichen und rechtlichen Ursprungs.

3) Die Untersuchung von Bott (Diss., S. 57 ff.), welche Konsequenzen sich aus den Vorschriften über den Auftrag und den Geschäftsbesorgungsvertrag für den Treuhandvertrag ergeben, dürfte deswegen im wesentlichen theoretischer Natur sein.

§ 6 Vereinfachungsfunktion

Die Verwaltungstreuhand ist geeignet, den gesellschaftlichen Ablauf dadurch zu vereinfachen, daß statt einer mehr oder weniger großen Zahl von Gesellschaftern ein Treuhänder eingesetzt wird.

I. Treuhänder für eine BGB-Gesellschaft oder einen nicht rechtsfähigen Verein

Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann nach allgemeiner Ansicht weder Gesellschafter einer OHG oder persönlich haftender Gesellschafter einer KG noch Kommanditist sein, weil sie nach außen nicht als Einheit auftreten und nicht ins Handelsregister eingetragen werden kann. Das gleiche gilt für den nicht rechtsfähigen Verein [4]. Eine Beteiligung sämtlicher Mitglieder ist in der Regel zu schwerfällig und scheidet deshalb aus Praktikabilitätsgesichtspunkten aus. Es kommt deshalb vor allem eine Beteiligung mittels eines Treuhänders in Betracht.

---

4) Vgl. Baumbach-Duden, § 105 Anm. 1 D und § 161 Anm. 2 A; Hueck, OHG, § 2 I 3 b; Schlegelberger-Geßler, § 105 Rz. 27 und § 161 Rz. 22; RGRK-HGB-Fischer, § 105 Anm. 28 unter Hinweis auf eine nicht veröffentlichte Entscheidung des BGH (Entscheidung vom 22.11.65 - II ZR 102/63); kritisch dazu, wenngleich im Ergebnis aus praktischen Gründen ebenso Westermann, Handbuch, I Rz. 119 und 120; a.A. dagegen für die gleichliegende Frage der Mitgliedschaft bei einer BGB-Gesellschaft Staudinger-Kessler, § 705 Anm. 40 und wohl auch Palandt-Thomas, § 705 Anm. 3 a.

II. Treuhänder für eine allgemeine oder fortgesetzte Gütergemeinschaft

Auch die allgemeine oder fortgesetzte Gütergemeinschaft als solche kann nach h.M. nicht Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft sein [5]. Es gilt insoweit das gleiche wie für die BGB-Gesellschaft und den nicht rechtsfähigen Verein. Daraus folgt notwendig, daß die Gesellschafterstellung nicht in das Gesamtgut (§ 1416 BGB) fällt. Ist die Beteiligung nicht übertragbar, so ergibt sich das auch unmittelbar aus § 1417 Abs. 2 BGB. Der Ansicht von Dölle [6], wonach die Mitgliedschaft in die Zuständigkeit des Gesamtguts fallen kann, ist vom Standpunkt der h.M. aus nicht haltbar. Sie würde zur Voraussetzung haben, daß eine Gesamthandsgemeinschaft als solche Gesellschafter werden kann [7].

Legt man den Ausgangspunkt der h.M. zugrunde, so ergeben sich daraus je nachdem, ob ein Ehegatte eine Beteiligung in die Ehe einbringt oder ob die Ehegatten eine Beteiligung erwerben wollen, folgende Konsequenzen:

---

5) Vgl. Baumbach-Duden, § 1o5 Anm. 1 D und § 161 Anm. 2 A; Schlegelberger-Geßler, § 1o5 Rz. 27 und § 161 Rz. 22; RGRK-HGB-Weipert, § 1o5 Anm. 28 und § 161 Anm. 24; Hueck, OHG, § 2 I 3 d; Westermann, Handbuch, I Rz. 121.

6) § 67 III 8; ebenso Gernhuber, § 38 II 5.

7) Vgl. Lutter, AcP 161, 163 (171).

Bringt ein Ehegatte eine Beteiligung, die nicht übertragbar ist, in die Ehe ein, so wird die Beteiligung Sondergut des Ehegatten (§ 1417 Abs. 2 BGB). Handelt es sich um eine frei übertragbare Beteiligung, so kommt eine Teilung der Beteiligung in Betracht mit der Folge, daß beide Ehegatten Gesellschafter werden. Voraussetzung ist aber, daß der Gesellschaftsvertrag nicht nur eine Vollabtretung, sondern auch eine Vermehrung der Gesellschafterzahl durch eine Teilabtretung gestattet [8].

Wollen die Ehegatten mit dem Vermögen, das zum Gesamtgut gehört, eine Beteiligung erwerben, so müssen beide Ehegatten Gesellschafter werden, das Gesamtgut wird insoweit in Sondergut umgewandelt.

Da das Sondergut von jedem Ehegatten für Rechnung des Gesamtguts verwaltet wird (§ 1417 Abs. 3, S. 2 BGB), fallen die aus der Beteiligung fließenden Erträge [9] sowie das Abfindungs- und Auseinandersetzungsguthaben [10] in das Gesamtgut. Der Ehegatte verwaltet die Beteiligung jedoch allein, der andere Ehegatte kann ihm keine Weisungen erteilen und hat auch kein Einspruchsrecht. Soll nun die Verwaltungszuständigkeit beider Ehegatten - dem Sinn der ehelichen Gütergemeinschaft entsprechend - rechtlich gesichert werden, die Beteiligung aber, da eine Vermehrung der Gesellschafterzahl nicht erwünscht ist, nicht aufgeteilt werden, so kann durch die Einschaltung eines Treuhänders eine mittelbare Zuständigkeit des Gesamtguts begründet werden, was zur

---

8) Lutter (AcP 161, 163, 172) weist darauf hin, daß sich aus der Zulässigkeit einer Vollabtretung nicht auch die Zulässigkeit einer Teilabtretung ergibt.

9) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 121.

10) Vgl. RGZ 146, 282 (284); Baumbach-Duden, § 105 Anm. 1 D; Erman-Bartholomeyczik, § 1417 Anm. 4.

Folge hat, daß im Ergebnis hinsichtlich des Gesamtguts und hinsichtlich der Beteiligung eine einheitliche Verwaltungszuständigkeit besteht. Durch die Einschaltung eines Treuhänders wird somit der gleiche wirtschaftliche Erfolg ermöglicht, wie er durch die unmittelbare Beteiligung der ehelichen Gütergemeinschaft erreicht würde. Treuhänder kann ein Ehegatte oder ein Dritter sein. Treugeber sind die Ehegatten zur gesamten Hand [11] [12].

III. Treuhänder als Repräsentant eines Gesellschafterstamms

Die Vererbung eines Unternehmens durch mehrere Generationen führt leicht zu einer Zersplitterung der Beteiligungen, durch die die Unternehmensführung naturgemäß erschwert wird [13]. Das läßt sich einmal dadurch vermeiden, daß die Gesellschafterstellung

---

11) Vgl. Bott, Diss., S. 2o; unscharf Wolff, Diss., S. 1o8 (Der Gesellschafter-Ehegatte nehme hinsichtlich der Hälfte der Beteiligung die Stellung eines Treuhänders ein).

12) Ob die "Treuhand-Lösung" große praktische Bedeutung hat, erscheint allerdings zweifelhaft. Die Statistik weist die Gütergemeinschaft als "Güterstand von abnehmender Bedeutung" (Gernhuber, § 38 I 1) aus. Der in der Gütergemeinschaft zum Ausdruck kommende Grundsatz "Leib an Leib, Gut an Gut" (Enneccerus-Kipp-Wolff, § 6o II) weicht mehr und mehr rationaleren Anschauungen. Darüberhinaus vereinbaren die Ehegatten in der Regel keine Gütergemeinschaft, wenn ein Ehegatte an einer Personenhandelsgesellschaft beteiligt ist, sondern schließen oft sogar die Zugewinngemeinschaft aus. Viele Gesellschaftsverträge machen es den Gesellschaftern auch zur Pflicht, Gütertrennung zu vereinbaren (Vgl.Westermann,Handbuch, I Rz. 121). Nach h.M. sind solche Klauseln wirksam (vgl. die Nachw. bei Westermann, a.a.O.).

13) Das wird von Hueck, ZHR 125, 1 (2/3) anschaulich dargestellt.

im Erbgang jeweils nur auf einen Erben übertragen wird. Dem steht aber - wenn die Gesellschafterstellung die Hauptmasse des Vermögens darstellt - häufig der Wunsch des Erblassers entgegen, seine Abkömmlinge in etwa gleich zu bedenken. Außerdem sieht sich der Gesellschaftererbe neben der Erbschaftssteuer erheblichen Pflichtteilsansprüchen ausgesetzt, die zu Entnahmen in größerem Umfang nötigen, so daß u. U. die Liquidität der Gesellschaft beeinträchtigt werden kann.

Soll die Beteiligung aus diesen Gründen aufgeteilt werden, so läßt sich eine Erschwerung der Unternehmensführung auch dadurch vermeiden, daß in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung aufgenommen wird, wonach die Erben einen gemeinsamen Vertreter bestellen müssen, der ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft wahrzunehmen hat. Eine solche "Vertreterklausel" [14] wird - jedenfalls im Hinblick auf die Kommanditistenstellung - allgemein für zulässig gehalten [15], weil sie nicht zu einer Abspaltung von Verwaltungsrechten führt, sondern lediglich eine Einschränkung der Verwaltungsrechte der betroffenen Gesellschaftererben bedeutet, an die sie aufgrund der Zustimmung des Erblasser gebunden sind. Problematisch sind aber die Grenzen der Vertreterklausel. Welche

---

14) Hueck, ZHR 125, 1 (4); BGHZ 46, 291 (293).

15) Vgl. BGHZ 46, 291 (294 ff.); Erman, Festschrift für Nipperdey, S. 277 (28o ff.); Hueck, ZHR 125, 1 (7 ff.); Westermann, Handbuch, I Rz. 459; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 388 ff.

Rechte kann der gemeinsame Vertreter nicht ohne Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters ausüben ? Der BGH hat diese Frage in BGHZ 46, 291 (295) ausdrücklich offengelassen. In BGHZ 2o, 363 (368/369) hat er dagegen im Hinblick auf eine von den Gesellschaftererben vereinbarte Vertreterklausel ausgeführt, daß das Stimmrecht des Kommanditisten durch den Gesellschaftsvertrag nur insoweit ausgeschlossen werden könne, als es sich nicht um Gesellschafterbeschlüsse handele, die in die Rechtsstellung des Kommanditisten als solche eingreifen. Diese Schranke dürfte auch für die Vertreterklausel gelten, an die die Erben aufgrund der Zustimmung des Erblassers gebunden sind [16]. Erman bezeichnet den Bereich, in dem den Gesellschaftern das Stimmrecht trotz der Vertreterklausel verbleibt, als "Kernbereich" der Gesellschafterstellung [17]. Wie weit dieser Kernbereich im einzelnen geht, ist jedoch noch nicht vollständig geklärt [18].

Die hier angeschnittene Problematik tritt nicht auf, wenn die Beteiligung auf einen Treuhänder, der diese dann für die Erben des Gesellschafters verwaltet, übertragen wird [19]. Verschiedentlich wird die Einschaltung eines Treuhänders auch als Übergangslösung bis zur Einigung der Erben darüber, wer von ihnen

---

16) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 459.

17) Festschrift für Nipperdey, S. 277 (282).

18) Vgl. dazu insbesondere Erman, Festschrift für Nipperdey, S. 277 (29o ff.) und Hueck, ZHR 125, 1 (8 ff.).

19) Vgl. zu dieser Anwendungsmöglichkeit der Verwaltungstreuhand Huber, JZ 1968, 791 (794); Plum, S. 172/173.

die Gesellschafterstellung übernehmen soll, benutzt. Können sich die Erben auch innerhalb eines vom Gesellschaftsvertrag festgesetzten längeren Zeitraums (z.B. innerhalb eines Jahres) nicht einigen, so scheidet auch der Treuhänder aus der Gesellschaft aus. Die Erben erhalten dann die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Abfindung.

IV. Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder für die Erben

Eine "Treuhandlösung" wird auch als Ausweg aus den mit einer Testamentsvollstreckung an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft verbundenen rechtlichen Schwierigkeiten vorgeschlagen [20]. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung an einer Gesellschaftsbeteiligung dient zwar - vom Erblasser aus gesehen - nicht dazu, den Geschäftsablauf in der Gesellschaft zu vereinfachen, sondern dem Bedürfnis, für den Nachlaß Vorsorge zu treffen [21]. Wenn die Testamentsvollstreckung aber die Anteile mehrerer Miterben betrifft, kann sie - von der Gesellschaft aus gesehen - auch Vereinfachungsfunktion haben. Sie soll deshalb in diesem Zusammenhang erörtert werden.

---

20) Vgl. BGHZ 24, 106 (112) = LM Nr. 1 zu § 2218 BGB mit Anm. Fischer; Baumbach-Duden, § 139 Anm. 4 D; Holch, DNotZ 1958, 282 (296); Hueck, OHG, § 28 II 5; Klussmann, BB 1966, 1209 (1210); RGRK-HGB-Fischer, § 105 Anm. 28 c; Richardi, S. 56 ff.; Schlegelberger-Geßler, § 139 Rz. 14 b; Siebert, Festschrift für A.Hueck, S. 321 (338); Westermann, Handbuch, I Rz. 511; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 342.

21) Vgl. zu den Motiven des Erblassers bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung im Hinblick auf eine Gesellschaftsbeteiligung Emmerich, ZHR 132, 297 und Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 316.

1. Überblick über die Problematik der Testamentsvollstreckung an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft

Dazu zunächst ein kurzer Überblick über die Problematik. Das Erbrecht des BGB ist auf statische Vermögensgüter wie Grundstücke, Pretiosen, Wertpapiere u.ä. ausgerichtet [22]. Es fehlt deshalb im Bereich der Unternehmernachfolge an einer notwendigen Koordinierung der gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Normen. Auch die Frage der Testamentsvollstreckung an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft gehört zu den Kollisionsfällen zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht.

Ausgangspunkt ist die Frage, ob das Mitgliedschaftsrecht überhaupt zum Nachlaß gehört und damit in den Zuständigkeitsbereich des Testamentsvollstreckers fällt. Das ist deshalb nicht selbstverständlich, weil das Mitgliedschaftsrecht nicht ausschließlich Vermögensrecht ist, sondern durch vermögensrechtliche und personenrechtliche Elemente charakterisiert wird. Persönliche Rechtsstellungen sind jedoch nicht schlechthin unvererblich. Wenn § 139 HGB eine Regelung im Gesellschaftsvertrag zuläßt, wonach beim Tode eines Gesellschafters einer OHG die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt wird, so ergibt sich daraus, daß die Gesellschafterstellung in diesem Fall insgesamt - d.h. sowohl die vermögensrechtlichen als auch die personenrechtlichen Elemente - vererblich ist [23]. Für die Kommanditistenstellung gilt das angesichts der Vorschrift des

---

22) Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 318.

23) Vgl. Siebert, Festschrift für A. Hueck, S. 321 (327).

§ 177 HGB erst recht. Die h.M. geht deshalb davon aus, daß die Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft (die Kommanditistenstellung immer, die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters nur bei einer Vererblichkeitsklausel im Gesellschaftsvertrag) in den Nachlaß fällt [24].

Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung ist, daß der Gesellschaftsvertrag eine Testamentsvollstreckerklausel enthält oder daß die anderen Gesellschafter der Testamentsvollstreckung später ausdrücklich zustimmen [25]. Aber auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, stößt die Anordnung einer Testamentsvollstreckung auf Schwierigkeiten. Die Mitgliedschaft in einer OHG (ebenso die Stellung des Komplementärs in einer KG) hat die unbeschränkte persönliche Haftung zur Folge (§ 128 HGB). Der Testamentsvollstrecker kann die Erben aber ohne ihr Einverständnis nicht über die Mittel des Nachlasses hinaus verpflichten. Aufgrund dieser Inkongruenz von gesellschaftsrechtlichem und erbrechtlichen Haftungsprinzip scheidet hinsichtlich der Mitgliedschaft in einer OHG und hinsichtlich der Stellung des Komplementärs in einer KG eine Testaments-

---

24) Vgl. BGHZ 22, 186 (191); 24, 106 (112); RGRK-HGB-Fischer, § 105 Anm. 28 c; Schlegelberger-Geßler, § 139 Rz. 14; Westermann, Handbuch, I Rz. 504; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 157 ff. und Emmerich, ZHR 132, 297 (298) m.w.Nachw. in Fn. 4.

25) Vgl. Siebert, Festschrift für A. Hueck, S. 321 (326).

vollstreckung als solche nach fast einhelliger Meinung aus [26].

Bei der KG lassen sich dagegen gesellschaftsrechtliches und erbrechtliches Haftungsprinzip zur Deckung bringen. Wenn die Kommanditeinlage voll eingezahlt ist und die Befugnisse des Testamentsvollstreckers dahin eingeschränkt werden, daß er nicht selbständig Entnahmen verlangen kann, die die Haftung des Kommanditisten wieder aufleben lassen, und nicht an Beschlüssen mitwirken darf, die neue Lasten begründen, verbleibt die Verpflichtungsmacht auf den Nachlaß beschränkt [27]. Aber trotz Entfallens der Haftungsproblematik ergeben sich auch bei der Kommanditbeteiligung Bedenken gegen die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung als solcher. Folgt man der Rechtsprechung des BGH [28], wonach die rechtsgeschäftliche Abspaltung von Verwaltungsrechten, insbesondere des Stimmrechts, mit dem Wesen der Gesamthandsgemeinschaft nicht zu vereinbaren ist, so muß man auch die Konsequenz ziehen

---

26) Vgl. BGHZ 24, 106 (112); Holch, DNotZ 1958, 282 (290); Hueck, OHG, § 28 II 5; RGRK-HGB-Fischer, § 105 Anm. 28 c; Richardi, S. 26; Schilling, Festschrift für Walter Schmidt, S. 208 (214); Siebert, Festschrift für A. Hueck, S. 321 (329); Westermann, Handbuch, I Rz. 506; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 322; a.A. dagegen Einmal, AcP 160, 29 (37); kritisch gegenüber der h.M. auch Emmerich, ZHR 132, 297 (304 ff.).

27) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 507; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 321/322.

28) Vgl. oben, S. 6.

und eine Abspaltung von Verwaltungsrechten, die durch private Amtstätigkeit herbeigeführt wird, für unzulässig erklären [29]. Einen Hinweis für die Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung als solcher gibt auch - worauf Wiedemann hinweist [30] - die gesetzliche Regelung der §§ 131 Nr. 5, 161 Abs. 2 HGB. Danach führt die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters, auch wenn er lediglich als Kommanditist beteiligt ist, zwingend und automatisch zur Auflösung der Gesellschaft oder - wenn der Gesellschaftsvertrag das vorsieht - zum Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft. Der Konkursverwalter darf nur in der Liquidationsgesellschaft, nicht in der werbenden Gesellschaft als Vertreter des Gemeinschuldners auftreten. Daraus läßt sich auch der Schluß ziehen, daß für eine private Amtstätigkeit in Form der Testamentsvollstreckung kein Raum ist [31].

---

29) Vgl. Richardi, S. 90.

30) Übertragung und Vererbung, S. 338.

31) Gegen die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung als solcher im Hinblick auf eine Kommanditbeteiligung RGZ 172, 199 (203); Richardi, S. 90; RGRK-HGB-Weipert, § 177 Anm. 22; Schlegelberger-Geßler, § 177 Rz. 5; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 340. Für die Zulässigkeit Emmerich, ZHR 132, 297 (322); Haegele, RPfleger 1956, 182 (184); Schilling, Festschrift für Walter Schmidt, S. 208 (212 ff.); Westermann, Handbuch, I Rz.507. Der BGH hat sich bisher noch nicht festgelegt und die Entscheidung in BGHZ 24, 106 (113) offengelassen.

2. Der Testamentsvollstrecker als Bevollmächtigter der Erben

Um die hier skizzierten Bedenken gegen die Testamentsvollstreckung als solche zu umgehen, wurde vorgeschlagen, die Anordnung der Testamentsvollstreckung in eine Auflage an die Erben umzudeuten, den Testamentsvollstrecker unwiderruflich unter Verzicht auf eigene Stimmrechtsausübung zur Verwaltung der Beteiligung zu bevollmächtigen [32]. Auch gegen diese Konstruktion sprechen jedoch erhebliche Bedenken. Bei der Mitgliedschaft in einer OHG würde eine solche Auflage dazu führen, daß der Erbe dem Testamentsvollstrecker eine unbeschränkte Verpflichtungsvollmacht erteilen müßte. Eine den Widerruf ausschließende Klausel ist aber bei einer solchen Vollmacht nicht zulässig, weil dadurch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vollmachtgebers zu sehr eingeschränkt würde. Der Vertragsfreiheit sind insoweit durch § 138 BGB Schranken gesetzt [33]. Siebert [34] macht unter Hinweis auf Kipp-Coing gegen die Zulässigkeit einer solchen Auflage auch erbrechtliche Bedenken geltend: Ziele die Auflage auf persönliche Leistungen des Beschwerten oder auf Leistungen aus seinem eigenen Vermögen, so werde man sie nur dann

---

32) Vgl. dazu RGZ 172, 199 (2o5); BGHZ 24, 1o6 (112); Erman-Hense, § 22o5 Anm. 5; Holch, DNotZ 1958, 282 (294); Soergel-Ehard-Eder, § 22o5 Rz. 3; Staudinger-Dittmann, § 22o5 Rz. 64.

33) Darauf weisen insbesondere Emmerich, ZHR 132, 297 (317 ff.) und Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 325 hin. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung BGHZ 44, 158 ff., auf die noch unten, S. 84 näher eingegangen wird.

34) Festschrift für A. Hueck, S. 321 (333).

für verbindlich halten können, wenn dem Beschwerten als Ausgleich für seine Leistung der entsprechende Vermögenswert aus dem Nachlaß zufließe. Das sei aber bei einer unbeschränkten Haftung des Erben nicht gewährleistet.

Bei einer Kommanditbeteiligung bestehen diese Bedenken zwar nicht. Die Erteilung einer unwiderruflichen verdrängenden Vollmacht an den Testamentsvollstrecker stellt jedoch eine Umgehung des Abspaltungsverbots dar und ist nach der oben angeführten Rechtsprechung des BGH ebenfalls unzulässig [35]. Zweifelhaft erscheint schließlich auch, ob sich das Abspaltungsverbot dadurch umgehen läßt, daß die Erbeinsetzung unter der aufschiebenden Bedingung der Vollmachterteilung und der auflösenden Bedingung des Widerrufs der Vollmacht erfolgt [36].

3. Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder für die Erben

Die Testamentsvollstreckung hat sich aus der Treuhand entwickelt [37]. Es liegt deshalb nahe, als Ersatz für

---

35) Gegen die Zulässigkeit einer solchen Auflage an die Erben RGRK-HGB-Fischer, § 105 Anm. 28 d; Hueck, OHG, § 28 II 5, Fn. 51; Richardi, S. 51; Siebert, Festschrift für A. Hueck, S. 321 (332 ff.); Schlegelberger-Geßler, § 139 Rz. 14 a.

36) Gegen die Zulässigkeit einer solchen Bedingung Hueck, OHG, § 28 II 5, Fn. 51; Siebert, Festschrift für A. Hueck, S. 321 (334 ff.).

37) Das Institut der Testamentsvollstreckung ist aus der letztwilligen Treuhand des älteren deutschen Rechts, der sog. "Salmannschaft", hervorgegangen. Der Salmann erhielt das Vermögen des Erblassers zum Vollrecht übertragen (vgl. Strohal, S. 266).

die Testamentsvollstreckung die treuhänderische Übertragung der Beteiligung auf den Testamentsvollstrecker zu wählen. Die Umdeutung der Testamentsvollstreckung in eine Auflage an die Erben, dem Testamentsvollstrecker die Beteiligung zu treuen Händen zu übertragen, begegnet zwar insofern Bedenken, als damit über den Rahmen der Testamentsvollstreckung hinausgegangen wird [38]. Diese Bedenken sind jedoch mehr konstruktiver Art [39]. Denn eine gegenüber der Testamentsvollstreckung größere Gefährdung des Erben besteht nicht. In beiden Fällen ist ihm die Verfügungsmacht entzogen. Eine echte Gefährdung könnte nur in einem möglichen Konkurs des Testamentsvollstreckers liegen. In diesem Fall hat er aber - worauf noch unten [4o] eingegangen wird - ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO. Die "Treuhandlösung" dürfte deshalb, wenn sich aus dem Testament nichts anderes ergibt, mit dem Willen des Erblassers zu vereinbaren sein [41]. Ein vorsichtiger Notar sollte allerdings eine entsprechende Klausel in das Testament aufnehmen lassen.

---

38) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 511; ähnlich Baur, Festschrift für Dölle, S. 249 (253) für die treuhänderische Übertragung eines einzelkaufmännischen Unternehmens.

39) Richardi, S. 58.

4o) S. 13o.

41) Die h.M. bejaht die Zulässigkeit einer solchen Auslegung, vgl. die Nachw. oben, S. 55, Fn. 2o.

Die treuhänderische Übernahme der Gesellschafterstellung bedarf darüberhinaus wie jede Übertragung der Mitgliedschaft der Zustimmung der anderen Gesellschafter. Eine solche Zustimmung ist in einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Testamentsvollstreckerklausel zu erblicken [42].

Die treuhänderische Übertragung der Gesellschafterstellung stößt jedoch auf praktische Schwierigkeiten, wenn der Erblasser persönlich haftender Gesellschafter war. Da der Testamentsvollstrecker einen Aufwendungsersatzanspruch (§ 67o BGB) nur in Höhe des Nachlaßwertes geltend machen kann [43], dürfte sich kaum ein Testamentsvollstrecker bereitfinden, das Haftungsrisiko eines persönlich haftenden Gesellschafters zu übernehmen. Zur Ausschaltung des Haftungsrisikos bieten sich jedoch verschiedene Möglichkeiten an:

a) Persönlich haftender Gesellschafter als Treuhänder

Der Erblasser kann einen persönlich haftenden Mitgesellschafter zum Testamentsvollstrecker ernennen.

---

42) Vgl. Richardi, S. 59; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 343.

43) H.M., vgl. Hueck, OHG, § 28 II 5, Fn. 52; RGRK-HGB-Fischer, § 1o5 Anm. 28 c; Richardi, S. 58; Siebert, Festschrift für A. Hueck, S. 321 (337); Westermann, Handbuch, I Rz. 511; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 353. Die Haftung würde sonst nur - wie Weiler, DNotZ 1952, 283 (295) formuliert hat - vom Außenverhältnis auf das Innenverhältnis verlagert. A.A. dagegen Holch, DNotZ 1958, 282 (292).

Die Erblasserbeteiligung verliert dann allerdings ihre rechtliche Selbständigkeit und verschmilzt mit der Testamentsvollstreckerbeteiligung. Zwischen dem Testamentsvollstrecker-Gesellschafter und den Erben entsteht ein Unterbeteiligungsverhältnis mit Treuhandcharakter. Diese Konstruktion führt aber bei Divergenzen zwischen den eigenen Interessen des Testamentsvollstreckers und den Interessen der Erben zu Schwierigkeiten, da eine uneinheitliche Stimmabgabe unzulässig sein dürfte [44]. Die volle Wahrung der Erbeninteressen ist dann nicht möglich.

p) Juristische Person als Treuhänder

Kommt die treuhänderische Übernahme der Beteiligung durch einen Mitgesellschafter nicht in Betracht, so kann das Haftungsrisiko auch dadurch ausgeschaltet werden, daß Testamentsvollstrecker eine juristische Person wird [45], z.B. eine zu diesem Zweck gegründete Verwaltungs-GmbH, die dann die Beteiligung treuhänderisch übernimmt. Geschäftsführer der GmbH könnte die Person werden, in deren Händen die Testamentsvoll-

---

44) Eine uneinheitliche Stimmabgabe dürfte der personalen Struktur der Personenhandelsgesellschaft widersprechen. Gegen die Zulässigkeit Jüdel, S.41/42; RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 21; ferner (im Hinblick auf die GmbH) BGH LM Nr. 6 zu § 47 GmbHG und RGZ 157, 52 (57); a.A. dagegen v.Boehmer, NJW 1949, 564 (566) und Hueck, OHG, § 11 IV 1, Fn. 39 unter Hinweis auf das Aktienrecht, wo die uneinheitliche Stimmabgabe aus mehreren Aktien heute allgemein für zulässig gehalten wird, vgl. statt aller Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § 134 Rz.5.

45) Gegen die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung durch eine juristische Person bestehen keine Bedenken, vgl. Erman-Hense, § 2197 Anm. 2; Palandt-Th. Keidel, § 2197 Anm. 3.

streckung liegen soll [46]. Bei einer über einen langen Zeitraum angeordneten Verwaltungstestamentsvollstreckung bietet zwar die Übertragung des Testamentsvollstreckeramtes auf eine juristische Person Vorteile, die Gründung einer "Testamentsvollstrecker-GmbH" stellt aber eine recht umständliche Lösung dar und dürfte nur bei großen Vermögen praktikabel sein.

c) Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung für die Dauer der Testamentsvollstreckung

Den besten Ausweg bietet demgegenüber die von Wiedemann [47] vorgeschlagene Lösung. Der Testamentsvollstrecker kann danach die Beteiligung für die Dauer der Testamentsvollstreckung in eine Kommanditbeteiligung umwandeln, um dadurch das Haftungsrisiko auszuschalten. Das Wahlrecht nach § 139 HGB steht zwar nach ganz h.M. den Erben persönlich zu [48]. Die Rechte des Erben werden aber nicht beschränkt, wenn dem Testamentsvollstrecker im Gesellschaftsvertrag ein zusätzliches Wahlrecht eingeräumt wird. Macht der Erbe von seinem Wahlrecht nach § 139 HGB keinen Gebrauch, so wird er, wenn er selbst später in die Gesellschafterstellung einrückt, persönlich haftender Gesellschafter. Der Testamentsvollstrecker hat aber die Möglichkeit, seine unbeschränkte persönliche Haftung durch Um-

---

46) So der Vorschlag von Klussmann, BB 1966, 1209 (1210).

47) Übertragung und Vererbung, S. 345.

48) Vgl. RGZ 170, 392 (395); Hueck, OHG, § 28 II 5; Richardi, S. 73 ff.; Schlegelberger-Geßler, § 139 Rz. 14; Westermann, Handbuch, I Rz. 507.

wandlung der Beteiligung in eine Kommanditbeteiligung für die Dauer der Testamentsvollstreckung auszuschalten. Dadurch wird auch das "überraschende Ergebnis" [49] vermieden, daß der Erbe auf dem Wege über das Wahlrecht des § 139 HGB die Testamentsvollstreckung loswerden kann [50].

V. Treuhänder für eine große Zahl von Kapitalgebern

1. Beispiel RG, WarnR 1918, Nr. 79

Eine KG kann zwar unbeschränkt viele Kommanditisten als Kapitalgeber haben. Bei einer großen Zahl von Kommanditisten ist die Form der KG jedoch schwerfällig. Lästig ist insbesondere, daß jeder Mitgliederwechsel zum Handelsregister angemeldet werden muß. Das wird durch Einschaltung eines Treuhänders als Repräsentanten der Kapitalgeber vermieden [51]. Ein insoweit recht instruktiver Fall liegt der Entscheidung RG, WarnR 1918, Nr. 79 zugrunde:

---

49) Westermann, Handbuch, I Rz. 507.

50) Eine ähnliche Lösung wird von Emmerich (ZHR 132, 297, 324/325) vorgeschlagen. Emmerich hält im Hinblick auf eine Kommanditbeteiligung eine Testamentsvollstreckung als solche für zulässig. In der Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser sieht er, da die Testamentsvollstreckung im Hinblick auf die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters nicht durchgeführt werden kann, die Auflage an die Erben, für die Zeit der Testamentsvollstreckung gemäß § 139 Abs. 1 HGB die Stellung eines Kommanditisten zu wählen.

51) Vgl. dazu Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 164 Anm. 9. - Schmalenbach, S. 131; Bühler, S. 73 und Janberg, DB 1953, 77 (78) sprechen in einem solchen Fall von "Gestionskommanditisten".

"Die offene Handelsgesellschaft Gebr. H. in D. wurde im Jahre 1909 unter Beibehaltung der Firma in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt. Persönlich haftende Gesellschafter blieben die bisherigen Inhaber Simon und Theodor H.; Kommanditistin wurde die 'Revision'-Treuhandaktiengesellschaft in D. als Treuhänder für über 80 Konsorten, die mit Beiträgen an der Kommanditeinlage beteiligt waren. Die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft fanden ihre Regelung in einem 'Kommanditvertrag' und einem 'Konsortialvertrag'." [52]

Die Kapitalgeber können ihrerseits wieder in einer BGB-Gesellschaft zusammengefaßt sein, deren Organe die Treugeberrechte ausüben [53].

2. "Treuhand-GmbH u. Co. KG" als Ersatz für die Rechtsform der AG oder KGaA

Durch eine derartige Konstruktion kann die KG auch weitgehend einer AG oder KGaA angeglichen werden. Es wird eine GmbH u. Co. KG gegründet, deren Kommanditisten Treuhänderfunktion haben. Über die "mittelbaren Kommanditbeteiligungen" werden Anteilscheine (Zertifikate) ausgegeben [54]. Die

---

52) Vgl. ferner OGHZ 2, 253 ff. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wurde zwischen "großen" und "kleinen" Kommanditisten unterschieden, wobei die "großen" Kommanditisten die Einlage der "kleinen" Kommanditisten treuhänderisch verwalteten.

53) Vgl. dazu Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 164 Anm. 9.

54) Vgl. dazu Buchwald, GmbHRdsch. 1969, 90 (91); ders., Heidelberger-Musterverträge, S. 20/21; vgl. ferner Lehmann, Bank-Archiv XV, 32 ff. In dem von Lehmann behandelten Fall waren die "Anteilhaber" allerdings stille Gesellschafter der KG.

Die Zertifikate verkörpern zwar nicht wie bei einer Aktie oder einem Investmentpapier ein Mitgliedschafts- oder Anteilsrecht, sondern sind bloße Beweisurkunden [55]. Sie erleichtern aber die Abtretung der "mittelbaren Kommanditbeteiligung" und haben daher eine ähnliche Funktion wie ein Wertpapier. Daß durch eine solche Konstruktion den strengen Vorschriften des Aktienrechts (der aktienrechtlichen Publizität, den Kapital- und Aktionärschutzbestimmungen usw.) ausgewichen wird, ist zwar rechtspolitisch unerwünscht [56]. Gleichwohl dürfte dagegen - angesichts der heute recht großzügigen Einstellung von Rechtsprechung und Literatur [57] - nicht der Einwand des Formenmißbrauchs erhoben werden können. Wie das Beispiel des sog. Hausbesitzbriefes, das im folgenden behandelt wird, zeigt, können mit einer solchen Konstruktion auch berechtigte wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.

3. Der Hausbesitzbrief [58]

Zur Errichtung eines großen Bauvorhabens und der

---

55) Vgl. RGZ 57, 414 (415).

56) Vgl. dazu Lehmann, Bank-Archiv XV, 32 (35): "Ist es Zweck des modernen Aktienrechts, gerade die unsichere Lage der Anteilhaber durch eine große Zahl von zwingenden Schutzvorschriften, vor allem durch Durchführung strenger Publizität zu schützen, so erscheint eine Gestaltung, wie die vorliegende, geradezu als ein Rückfall in überwundene Verhältnisse."

57) Vgl. BGHZ 45, 2o4 (2o7 ff.); Mertens, NJW 1966, 1o49 ff.

58) Vgl. dazu die eingehende Untersuchung von Cölle, Der Hausbesitzbrief, Treuhandkommanditgesellschaften mit breitem Anlegerkreis als Immobilienfonds, Diss., Köln 1968; ferner Wolff, Diss.,S. 117 ff.

anschließenden Nutzung durch Vermietung und Verpachtung wird eine KG, bestehend aus mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern und einem Kommanditisten, gegründet. Die persönlich haftenden Gesellschafter erhalten selbst keinen Kapitalanteil [59]. Einziger Kapitalbeteiligter ist der Kommanditist, der seinerseits wieder Treuhänder für einen breiten Publikumskreis ist, von dem das Kapital aufgebracht wird. Über die "mittelbare Kommanditbeteiligung" werden Zertifikate (Hausbesitzbriefe) ausgestellt. Die Rechte und Pflichten der Inhaber der Hausbesitzbriefe richten sich nach "Allgemeinen Bedingungen für den Hausbesitzbrief", die an die Stelle von individuellen Treuhandverträgen treten [60].

---

59) Vgl. zu dieser Gestaltungsmöglichkeit Westermann, Handbuch, I Rz. 295.

60) Vgl. zum Vorstehenden den Mustergesellschaftsvertrag für die Dr. Görtmüller Immobiliengesellschaften (abgedruckt in den bei den Banken erhältlichen Werbeprospekten):

"§ 2 Gegenstand
Gegenstand der Gesellschaft ist es, die für das Objekt benötigten Grundstücke zu Eigentum oder Erbbaurecht zu erwerben, zu bebauen und nach Fertigstellung zu vermieten oder zu verpachten sowie alle damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte zu tätigen.
....

§ 4 Gesellschafter
(1) Persönlich haftende Gesellschafter sind Herr Dr. Wilhelm Görtmüller, Herr .... und Herr ....
(2) Alleiniger Kommanditist ist die Deutsche Pfandbriefanstalt in Wiesbaden. Sie erwirbt und hält die Kommanditbeteiligung im eigenen Namen für fremde Rechnung als Treuhänderkommanditist für die Gesamtheit aller Inhaber der Hausbesitzbriefe des Objekts.
(3) Die Rechte und Pflichten des Treuhänderkommanditisten gegenüber den Inhabern der Hausbesitzbriefe des Objektes ergeben sich aus den 'Allgemeinen Bedingungen für den Hausbesitzbrief'. Diese allen Gesellschaftern bekannten Allgemeinen Bedingungen werden von ihnen in der jeweiligen Fassung als auch für sie verbindlich anerkannt."

Da die Tätigkeit der KG auf die Errichtung und Vermietung und Verpachtung des Bauvorhabens gerichtet ist, übt sie keine gewerbliche Tätigkeit i. S. der Steuergesetze aus. Das bedeutet, daß die Beteiligung an der KG hinsichtlich der Einkommens- und Vermögenssteuer die gleichen Vorteile bietet wie unmittelbares Hauseigentum. Auch die Einschaltung des Treuhänderkommanditisten bringt für die Hausbesitzbrief-Inhaber keine Nachteile, weil nach § 11 Nr. 3 StAnpG - gemäß der im Steuerrecht vorherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise - Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder zu treuen Händen für einen Treugeber erworben sind, für die Besteuerung dem Treugeber zugerechnet werden [61]. Da diese steuerliche Betrachtungsweise voraussetzt, daß die Gesamtheit der Hausbesitzbrief-Inhaber keinen körperschaftssteuerpflichtigen nicht rechtsfähigen Verein bildet [62], ist das Verhältnis zwischen den Inhabern der Hausbesitzbriefe nicht i. S. einer Zweckgemeinschaft, sondern lediglich i. S. einer Interessengemeinschaft gestaltet [63]. Rechtsgeschäftliche Beziehungen bestehen nur zwischen den Inhabern der Hausbesitzbriefe und dem Treuhänder-Kommanditisten, nicht zwischen den Hausbesitzbrief-Inhabern untereinander. Diese sind nicht durch eine

---

61) Vgl. zu den steuerrechtlichen Fragen im einzelnen Cölle, Diss., S. 184 ff.

62) Vgl. Buchwald, GmbHRdsch. 1969, 9o (91); ders., Heidelberger-Musterverträge, S. 21.

63) Gesellschaft und Verein sind Zweckgemeinschaften; demgegenüber ist die Gemeinschaft i.S. der §§ 741 ff. BGB bloße Interessengemeinschaft, vgl. Palandt-Thomas, § 741 Anm. 1; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 741 Rz. 2.

körperschaftliche Organisation zusammengefaßt. Eine Zusammenfassung besteht lediglich insoweit, als ihnen die Treugeberrechte, insbesondere das Kündigungsrecht, nur gemeinsam zusteht und die Ausübung vom Mehrheitswillen abhängig ist. Die Hausbesitzbrief-Inhaber bilden deshalb keinen nicht rechtsfähigen Verein, sondern hinsichtlich der Treugeberrechte eine schlichte Rechtsgemeinschaft i. S. der §§ 741 ff. BGB [64].

Die Stellung der Treugeber gegenüber dem Treuhänder-Kommanditisten ist beim Hausbesitzbrief recht schwach. Weder der einzelne Hausbesitzbrief-Inhaber noch die Gesamtheit der Hausbesitzbrief-Inhaber hat Einfluß auf die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch den Kommanditisten. Dem einzelnen Hausbesitzbrief-Inhaber steht außerdem kein selbständiges Kündigungsrecht zu. Der Ausschluß des Kündigungsrechts wird aber durch die freie Veräußerbarkeit der Anteile in etwa kompensiert. Im übrigen wird die in dieser Konstruktion liegende Gefährdung der Kapitalgeber durch entsprechende Auswahl des Treuhänders (z.B. Deutsche Pfandbriefanstalt) gemildert. Insgesamt kommt die Konstruktion des Hausbesitzbriefs dem Bedürfnis entgegen, breiten Publikumskreisen die mit dem Wohnungsbau verbundenen steuerlichen Vorteile zugute kommen zu lassen,und erfüllt damit berechtigte wirtschaftliche Zwecke.

§ 7 Verbergungsfunktion

Im Wirtschaftsleben besteht häufig ein Interesse daran, wirtschaftliche Verflechtungen geheimzuhalten. Eine Personenhandelsgesellschaft ist jedoch notwendig Außen-

---

64) Vgl. dazu Cölle, Diss., S. 86 ff.; ferner Wolff, Diss. S. 119.

gesellschaft [65], d. h., die Gesellschafter müssen als solche nach außen in Erscheinung treten und ins Handelsregister eingetragen werden. Unterbleibt die Anmeldung zum Handelsregister, so haftet ein Kommanditist wie ein Komplementär (§ 176 Abs. 2 HGB). Außerdem kann das Registergericht die Anmeldung durch Verhängung von Ordnungsstrafen erzwingen (§ 14 HGB). Die Einschaltung eines Treuhänders als "Strohmann" ermöglicht es einem "Gesellschafter" dagegen, nach außen nicht in Erscheinung zu treten. Die Geheimhaltung kann noch zusätzlich dadurch gesichert werden, daß die anderen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich dazu verpflichtet werden. Möglich - wenngleich außergewöhnlich - ist auch eine "Tarnung" durch eine "doppelte" oder "gestufte" Treuhand, bei der der Treugeber des Gesellschafter-Treuhänders wiederum Treuhänder eines weiteren Treugebers ist.

Gegen eine Geheimhaltung der Treuhänderstellung im Außenverhältnis der Gesellschaft bestehen keine Bedenken. Es ist allgemein anerkannt, daß die Geheimhaltung eines Treuhandverhältnisses nicht zur Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB führt [66].

Besonders aktuell ist der Fall, daß Hersteller oder Großhändler sich am Einzelhandel beteiligen wollen [67]. Wenr andere Einzelhändler erfahren würden,

---

65) Vgl. die Nachw. oben, S. 5, Fn. 5.

66) Vgl. RG,Gruchot 54, 162 (167); RGZ 16o, 52 (57); vgl. ferner RGZ 153, 366, 368 (Geheimhaltung des Treuhandverhältnisses entspricht meist dem wirtschaftlichen Zweck).

67) Darauf weisen Böttcher-Zartmann, S. 28; Kuhn, Strohmanngründung, S. 21; Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 a hin.

daß der Produzent oder der Großhändler, dessen Abnehmer sie sind, gleichzeitig ihr Konkurrent ist, würde sich das für den Absatz nachteilig auswirken. Eine Beteiligung in getarnter Form erscheint auch bisweilen zwecks Vermeidung großen Aufsehens bei Entwicklungs- und Forschungsgesellschaften angebracht [68] [69].

Für eine "getarnte" Beteiligung bietet sich auch die Rechtsform der stillen Gesellschaft an. Bei ihr tritt jedoch nicht nur die Person, sondern auch die Einlage des Beteiligten nach außen nicht in Erscheinung. Der gleiche wirtschaftliche Erfolg wie bei der Einschaltung eines Treuhänders kann dagegen auch durch eine Unterbeteiligung erzielt werden, wenn die Einlage des Unterbeteiligten zur Aufstockung der Hafteinlage des Kommanditisten verwendet wird.

Auch zur Erreichung eines bestimmten Firmennamens wird die Aufnahme eines Treuhänders als Strohmann verschiedentlich benutzt [7o]. Da der Treuhänder

---

68) Böttcher-Zartmann, S. 28.

69) Vgl. auch den Hinweis bei v.Kries, Diss., S. 5, Fn. 22: "Unlängst bekannt geworden ist der Fall der ehemaligen Neckermann Versand KG. Beträchtliche Anteile gehörten der 'Investierungsgesellschaft für Industrie- und Handelsunternehmungen mbH', wobei zunächst unbekannt blieb, daß sie diese Anteile treuhänderisch für die Flick-Gruppe hielt."

7o) Vgl. Kuhn, Strohmanngründung, S. 25; Zahn, S. 11.

Gesellschafter ist und die Firma an die formale Gesellschafterstellung anknüpft (vgl. § 19 HGB), dürfte darin keine Verletzung des Grundsatzes der Firmenwahrheit liegen [71]. Führt die "Namensleihe" jedoch dazu, daß das Unternehmen mit einem anderen Unternehmen, das bereits einen guten Namen hat, verwechselt werden kann, so ist die Einschaltung des Strohmanns aus wettbewerbsrechtlichen Gründen rechtswidrig [72].

§ 8 Umgehungsfunktion

Die Einschaltung eines Treuhänders kann auch den Zweck haben, einer gesetzlichen Vorschrift "auszuweichen". In einem solchen Fall muß aber geprüft werden, ob nicht eine unzulässige Gesetzesumgehung vorliegt, was zur Folge hat, daß die gesetzliche Vorschrift, die umgangen werden soll, auch auf den Umgehungstatbestand erstreckt werden muß [73].

I. Treuhänder für einen Minderjährigen

Ein Minderjähriger (ebenso ein Geschäftsunfähiger) kann zwar Gesellschafter einer Personenhandels-

---

71) Vgl. statt aller Baumbach-Duden, §§ 18, 19 Anm.1 F (Gesellschafter darf zur Hergabe seines Namens, ohne andere Leistung in eine Gesellschaft aufgenommen werden); a.A. aber wohl RG HoldhMSchr 19o7,48.

72) Es kommt insbesondere ein Verstoß gegen die §§ 1, 3 UWG und § 826 BGB in Betracht, vgl. Baumbach-Duden, §§ 18, 19 Anm. 1 F und Kuhn, Strohmanngründung, S. 25 jeweils m.w.Nachw.

73) Der Frage der Gesetzesumgehung kommt dogmatisch keine selbständige Bedeutung zu, sondern sie ist gleichbedeutend mit der Frage nach der richtigen Auslegung und Handhabung der Norm nach ihrem Zweck und ihrer inhaltlichen Tragweite, vgl. Lehmann-Hübner, § 29 III 3; vgl. ferner Flume, § 17,5.

gesellschaft sein [74]. Der Gesellschaftsvertrag bedarf aber zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1822 Nr. 3, 1643 Abs. 1 BGB). Das gilt nach h. M. auch dann, wenn der Minderjährige nur als Kommanditist beteiligt werden soll [75]. Als Möglichkeit, die lästige und u.U. unerwünschte Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts auszuschalten, bietet sich die Form der Beteiligung mittels eines Treuhänders an. Zu prüfen ist aber, ob darin nicht eine unzulässige Umgehung des § 1822 Nr. 3 BGB liegt.

Der BGH hat in einer Entscheidung, die die Beteiligung eines Minderjährigen an einer OHG als stiller Gesellschafter betraf, Sinn und Zweck der Vorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB mit dem allgemeinen Satz umschrieben, daß die Genehmigungspflicht zum Schutze des Minderjährigen in den Fällen diene, in denen ihm aus dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrags Schäden oder Nachteile drohten [76]. Er stellte dann Risikogesichtspunkte in den Vordergrund und unterschied zwischen einer Beteiligung des Minderjährigen an dem Geschäftsbetrieb und dem damit verbundenen Unternehmerrisiko

---

74) Vgl. Baumbach-Duden, § 105Anm.1B;Westermann, Handbuch, I Rz. 115.

75) Vgl. RGZ 51, 33 (35); BGHZ 17, 160 (162) = NJW 1955, 1067 mit Anm. Ganssmüller = MDR 1955, 667 mit Anm. Nipperdey; BGH LM Nr. 3 zu § 1822 Nr. 3 BGB mit Anm. Fischer; Baumbach-Duden, § 105 Anm. 1 B; Westermann, Handbuch, I Rz. 95; Erman-Hefermehl, § 1822 Anm. 3; Palandt-Lauterbach, § 1822 Anm. 4; a.A. dagegen Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 161 Anm. 9; RGRK-HGB-Weipert, § 161 Anm. 22.

76) BGH JZ 1957, 382.

und einer einmaligen Kapitaleinlage, ohne am Risiko und Verlust beteiligt zu sein [77]. In der Begründung der Entscheidung BGHZ 17, 160 ff., in der der BGH die Beteiligung eines Minderjährigen an einer KG der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterwarf, wies der BGH - neben dem Schutzbedürfnis des Minderjährigen vor der Übernahme unternehmerischer Risiken - auf Haftungsgesichtspunkte hin [78], die allerdings bei der im Normalfall auf die Einlage beschränkten Haftung des Kommanditisten (§ 171 Abs. 1 HGB) [79] nicht recht überzeugen. Knopp hat den Schutzzweck des § 1822 Nr. 3 BGB dahin präzisiert, daß § 1822 Nr. 3 BGB den Minderjährigen nicht nur vor einer übereilten Übernahme unternehmerischer Haftung schützen wolle, sondern darüber hinaus auch vor einer Gefährdung von Vermögenswerten, die die langfristige Bindung durch einen Gesellschaftsvertrag mit sich bringen könne [80].

Wendet man diese Grundsätze auf die Beteiligung eines Minderjährigen an einer Personenhandelsgesellschaft mittels eines Treuhänders an, so ergibt sich: Der Treuhänder trägt zwar nach außen das Haftungsrisiko, im Innenverhältnis wird es aber auf den Minderjährigen abgewälzt. Auch wenn im Treuhandvertrag die Verpflichtung des Minderjährigen, den Treuhänder von allen im Zusammenhang mit dem Treuhandverhältnis

---

77) Ähnlich LG Bielefeld, NJW 1969, 753 (754).

78) A.a.O., S. 164.

79) Lediglich bis zur Eintragung ins Handelsregister trifft den Kommanditisten die unbeschränkte persönliche Haftung (§ 176 HGB).

80) NJW 1962, 2181 (2182).

eingegangenen Verbindlichkeiten freizustellen, ausgeschlossen werden sollte [81], so trägt der Minderjährige immer noch das Unternehmerrisiko in gleicher Weise, wie wenn er unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt wäre, da er am Gewinn und Verlust der Gesellschaft teilnimmt und die in der treuhänderisch verwalteten Beteiligung enthaltenen Vermögenswerte den gleichen Bindungen durch den Gesellschaftsvertrag unterliegen, wie wenn der Minderjährige selbst Gesellschafter wäre. Somit fällt auch die Beteiligung mittels eines Treuhänders - materiell betrachtet - in den Schutzbereich des § 1822 Nr. 3 BGB.

Die in § 1822 BGB enumerativ aufgezählten Fälle, in denen für besonders risikoreiche oder gefährliche Geschäfte des Vormunds oder der Eltern für den Minderjährigen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, sind jedoch nach h.M. formal auszulegen, weil durch die enumerative Aufzählung zum Schutz des Rechtsverkehrs klar umrissene Tatbestände geschaffen werden sollten [82]. Einer erweiternden, am Schutzbedürfnis des Minderjährigen orientierten Auslegung sind deshalb enge Grenzen gesetzt. Demgemäß

---

81) Nach Wiedemann (Übertragung und Vererbung, S. 344) widerspricht ein solcher Ausschluß der "Erfolgshaftung" einem Grundsatz im Recht des Fremdverwalters. Ein Verwalter, der auch das Risiko für das Treuhandvermögen teilweise übernehmen müsse und nicht nur für verschuldete Mängel in der Geschäftsführung hafte, sei kein Treuhänder, sondern nehme die Eigentümerstellung ein.

82) Vgl. BGHZ 17, 160 (163); 38, 26 (28); BGH,WM 1964, 471; ferner Wiedemann (Übertragung und Vererbung, S. 245): "Im Interesse der Rechtssicherheit müssen die gesetzlichen Tatbestände feste Grenzen haben und dürfen nicht vom einzelnen Fall abhängen. Das Gericht soll seine Stellungnahme, nicht seine Zuständigkeit aus der Prüfung des konkreten Sachverhalts gewinnen."

hat der BGH z.B. die Ausdehnung der Vorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB auf Änderungen des Gesellschaftsvertrags abgelehnt [83], obwohl dadurch für den Minderjährigen eine völlig andere, ungleich risikoreichere Sachlage als zum Zeitpunkt der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung geschaffen werden kann [84]. Bei der Frage der Ausdehnung des Genehmigungserfordernisses auf die Beteiligung mittels eines Treuhänders ist aber zu bedenken, daß die "mittelbare Beteiligung" der unmittelbaren in ihren Auswirkungen gleich kommt. Angesichts des Umgehungscharakters, den die Einschaltung des Treuhänders hat, hat der Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes in diesem Fall Vorrang vor dem Verkehrsschutzinteresse.

Das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist deshalb auch auf den Treuhandvertrag zu erstrecken. Das führt dazu, daß der Treuhandvertrag bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam (§ 1829 Abs. 1 BGB)und im Fall der Verweigerung endgültig unwirksam ist. Ob die Unwirksamkeit auch Auswirkungen auf das Gesellschaftsverhältnis hat, hängt

---

83) BGHZ 38, 26 ff.

84) Die Entscheidung ist deshalb auch auf Kritik gestoßen, vgl. Beitzke, JR 1963, 182 ff.; Friess, DB 1969, 957 (959); a.A. auch Knopp, BB 1962, 939 ff.; Soergel-Germer, § 1822 Rz. 31.

davon ab, ob der Gesellschaftsvertrag oder Aufnahmevertrag und der Treuhandvertrag eine Einheit i. S. von § 139 BGB bilden.

Durch die Einschaltung eines Treuhänders läßt sich somit die für die Beteiligung eines Minderjährigen nach § 1822 Nr. 3 BGB erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht umgehen.

II. Einschaltung eines Treuhänders im Rahmen der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft [85]

Nach § 1 Abs. 2 S. 1 des Umwandlungsgesetzes vom 12.11.1956 in der Fassung vom 6.11.1969 (UmwG) [86] ist die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft nicht zulässig, wenn an der Gesellschaft, in die die Kapitalgesellschaft umgewandelt wird, eine Kapitalgesellschaft als Gesellschafter beteiligt ist. Diese den Kreis der "Übernehmer" einschränkende Vorschrift wurde durch § 34 EGAktG 1965 eingeführt [87]. In der Begründung des Regierungsentwurfs [88] heißt es dazu, S. 1 des neu eingefügten § 1 Abs. 2 UmwG solle verhindern, daß Kapitalgesellschaften das Rechtskleid einer Personengesellschaft wählten, die nur dem Namen nach eine Personengesellschaft sei, tatsächlich aber von einer oder mehreren

---

85) Vgl. dazu Kümmerlein, GmbHRdsch. 1970, 262 f.

86) BGBl. I S. 2081.

87) Die damalige Fassung schränkte den Kreis der "Übernehmer" allerdings weiter ein als die jetzige Fassung des § 1 Abs. 2 S. 1 UmwG, vgl. dazu Böttcher-Beinert, Wechsel der Unternehmensform, S. 56.

88) BT-Drucks. IV/171 (S. 321).

juristischen Personen getragen werde. Ein wirtschaftliches Bedürfnis für die Umwandlung könne in diesen Fällen nicht anerkannt werden. Insbesondere soll durch diese Vorschrift verhindert werden, daß eine Kapitalgesellschaft in eine GmbH u. Co. KG umgewandelt wird. Ausgeschlossen ist aber auch z.B. eine Umwandlung in eine KG, in der die Kapitalgesellschaft nicht Komplementär, sondern Kommanditist werden soll [89].

Um einer Kapitalgesellschaft, an der eine andere Kapitalgesellschaft beteiligt ist, die Umwandlung in eine Personenhandelsgesellschaft zu ermöglichen, wird vorgeschlagen, daß die beteiligte Kapitalgesellschaft ihren Anteil an der umzuwandelnden Gesellschaft vorübergehend auf eine natürliche Person als Treuhänder überträgt [90]. Das hat aber nur dann einen Sinn, wenn das Umwandlungsverbot auf diese Weise umgangen werden kann.

Wie sich aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 UmwG und der Begründung des Regierungsentwurfs ergibt, wollte der Gesetzgeber die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, an der eine Kapitalgesellschaft beteiligt ist, verhindern, weil er ein wirtschaftliches Bedürfnis - das gerade Motiv für die Schaffung des Umwandlungsgesetzes ist - für eine solche Umwandlung verneinte. Nach Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2 S. 1 UmwG sollen demgemäß die rechtlichen und steuerlichen Vorteile, die die Änderung der Gesellschaftsform nach dem Umwandlungsgesetz bietet,

---

89) Da das Umwandlungssteuergesetz an das UmwG anknüpft (vgl. § 1 Umwandlungssteuergesetz), ist eine solche Änderung der Gesellschaftsform auch nicht steuerbegünstigt.

9o) Vgl. Horn, GmbHRdsch. 197o, 2o (21).

nicht für solche Änderungen der Gesellschaftsform in Anspruch genommen werden können. Dieser Normzweck würde aber unterlaufen, wenn die Umwandlung durch die formale Einschaltung einer natürlichen Person als Treuhänder ermöglicht werden könnte. Das Umwandlungsverbot des § 1 Abs. 2 S. 1 UmwG ist deshalb auch auf die Fälle zu erstrecken, in denen eine Kapitalgesellschaft über einen Treuhänder mittelbar an der Personenhandelsgesellschaft, in die die Kapitalgesellschaft umgewandelt werden soll, beteiligt ist.

Ob sich dadurch eine Umgehung des Umwandlungsverbotes vollständig verhindern läßt, erscheint allerdings fraglich, da die an der Kapitalgesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft aus dieser ausscheiden und nach der Umwandlung wieder in die Personengesellschaft eintreten kann. Es fragt sich aber, ob in dem Eintritt unmittelbar nach der Umwandlung nicht ebenfalls eine Umgehung des § 1 Abs. 1 S. 2 UmwG liegt [91].

§ 9 Sonstige Fälle

I. Übertragung der Beteiligung auf einen Treuhänder statt Ausschluß aus der Gesellschaft

Der Ausschluß eines Gesellschafters aus der Gesellschaft läßt sich u.U. dadurch vermeiden, daß der Gesellschafter, in dessen Person der Ausschließungsgrund eingetreten ist, die Beteiligung treuhänderisch auf einen neutralen Dritten überträgt. Der "störende" Gesellschafter scheidet dann aus dem Kreis der Gesellschafter aus, sein Einfluß kann durch eine entsprechende Gestaltung des Treuhandvertrags abgeschwächt

---

91) Vgl. dazu Horn, a.a.O., S. 2o f.

werden, die wirtschaftlichen Vorteile der Beteiligung kommen ihm dagegen weiterhin in vollem Umfang zugute. Wird die treuhänderische Übertragung der Gesellschafterstellung dem Gesellschafter jedoch "aufdiktiert", so kann darin - je nach Ausgestaltung des Treuhandvertrags - ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) liegen. Ein solcher Sachverhalt lag der Entscheidung BGHZ 44, 158 ff. [92] zugrunde:

> Der Kläger war Gesellschafter einer OHG. Statt eines völligen Ausschlusses aus der Gesellschaft vereinbarten die anderen Gesellschafter mit dem Kläger in einem Vergleich, daß ein "Treuhänder" zu Lebzeiten des Klägers an dessen Stelle treten und dessen Rechte wahrnehmen sollte. Der Kläger sollte bei der Auswahl des "Treuhänders" nicht mitwirken, ihm keine Weisungen erteilen und ihn auch nicht abberufen können [93].

Der BGH sah darin eine zu weitgehende Entäußerung des Selbstbestimmungsrechts im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung.

Eine solche treuhänderische Übertragung würde eine unbeschränkte und unbeschränkbare Verpflichtungsermächtigung begründen. Die selbständige Rechtsperson muß aber, wie Wiedemann in einer Anmerkung zu dem Urteil ausgeführt hat [94], im eigenen Interesse davor geschützt werden, durch eine einzige unbedachte und

---

92) = LM Nr. 21 zu § 138 BGB (Bb) mit Anm. Fischer = JZ 1966, 101 mit Anm. Wiedemann.

93) Der "Treuhänder" sollte aber wohl nicht anstelle des Klägers in die Gesellschaft eintreten, sondern nur die Gesellschafterrechte an dessen Stelle wahrnehmen. Insoweit hätten auch gesellschaftsrechtliche Bedenken erhoben werden können, vgl. Wiedemann, JZ 1966, 103.

94) JZ 1966, 103.

in ihren Folgen nicht übersehbare Willenserklärung das gesamte Vermögen für alle Zeiten aufs Spiel zu setzen [95].

II. Übertragung einer kleinen Beteiligung auf einen Treuhänder zur Ermöglichung von Mehrheitsentscheidungen

Friedmann [96] und Zahn [97] erwähnen als Anwendungsmöglichkeit der Verwaltungstreuhand bei der GmbH den Fall, daß bei einer zweigliedrigen GmbH jeder Gesellschafter seinen Anteil zu einem Bruchteil auf einen Treuhänder überträgt, der diesen dann als neutraler Dritter im Interesse der Gesellschaft verwaltet. Auf diese Weise werden bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gesellschaftern Mehrheitsentscheidungen ermöglicht. Da der Treuhänder in diesem Fall eine Schiedsrichterfunktion hat, spricht Friedmann [98] von einem "Treuhänder-Arbiter". Eine solche Gestaltung ist auch bei Personenhandelsgesellschaften möglich.

Zusammenfassung

Die Erscheinungsformen der Verwaltungstreuhand in der gesellschaftsrechtlichen Praxis sind recht vielfältig. Die Verwaltungstreuhand erfüllt im wesentlichen Vereinfachungs-, Verbergungs- oder Umgehungsfunktion.

---

95) Eingehend dazu auch Emmerich, ZHR 132, 297 (319 ff.); der Entscheidung des BGH stimmen ferner zu Soergel-Hefermehl, § 138 Rz. 66; Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 b und Erman-Westermann, Nachtragsheft I, § 138 zu Anm. 11 k. Die gleiche Problematik taucht bei der Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung auf, vgl. oben, S. 60.

96) S. 964.

97) S. 12.

98) S. 963.

Vereinfachungsfunktion hat das Treuhandverhältnis in den Fällen, in denen der Treuhänder die Beteiligung für eine Personengemeinschaft verwaltet, die als solche aus rechtlichen Gründen nicht selbst Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft sein kann, so eine BGB-Gesellschaft, ein nicht rechtsfähiger Verein und eine eheliche Gütergemeinschaft. Die Einschaltung eines Treuhänders hat in diesen Fällen keinen Umgehungscharakter, weil der wirtschaftliche Erfolg, der durch die Einschaltung des Treuhänders erreicht wird - die Beteiligung der Personengemeinschaft an einer Personenhandelsgesellschaft -, rechtlich nicht verhindert werden soll. Vereinfachungsfunktion hat die Einschaltung eines Treuhänders auch dann, wenn dadurch die Zersplitterung der Beteiligungen im Wege der Erbfolge verhindert werden soll. Das Treuhandverhältnis stellt insoweit eine Alternative zur "Repräsentativverfassung" dar. Die Übertragung der Beteiligung auf den Testamentsvollstrecker als Treuhänder für die Erben kommt auch als Ausweg aus den mit der Testamentsvollstreckung an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft verbundenen rechtlichen Schwierigkeiten in Betracht. Der Treuhänder kann die Beteiligung auch für eine Vielzahl von Kapitalgebern verwalten. Über die "mittelbaren Kommanditbeteiligungen" können Zertifikate zur Erleichterung der Abtretung ausgegeben werden. Eine solche Konstruktion läuft darauf hinaus, die Aktiengesellschaft in ihrem Funktionsbereich zu ersetzen. Das ist an sich rechtspolitisch unerwünscht. Wie das Beispiel des "Hausbesitzbriefes" zeigt, können hinter einer solchen Konstruktion aber berechtigte wirtschaftliche Bedürfnisse stehen.

Verbergungsfunktion hat das Treuhandverhältnis in den Fällen, in denen der Treuhänder als Strohmann vorgeschoben wird, weil der "eigentliche Beteiligte" nicht

nach außen in Erscheinung treten will. Aktuell ist der Fall, daß Hersteller oder Großhändler sich in "getarnter" Form am Einzelhandel beteiligen.

Wenn die Einschaltung des Treuhänders den Zweck hat, gesetzlichen Vorschriften "auszuweichen" (Umgehungsfunktion), ist zu prüfen, ob nicht eine unzulässige Gesetzesumgehung vorliegt. Liegt eine nach dem Normzweck des Gesetzes, das umgangen werden soll, unzulässige Umgehung vor, so sind die Rechtsfolgen des Gesetzes auch auf den Umgehungstatbestand zu erstrecken. So gilt das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des § 1822 Nr. 3 BGB auch für die Beteiligung eines Minderjährigen an einer Personenhandelsgesellschaft mittels eines Treuhänders. Ebenso betrifft das Umwandlungsverbot des § 1 Abs. 1 S. 1 UmwG auch die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft, an der eine Kapitalgesellschaft mittels eines Treuhänders beteiligt ist.

Wenn ein Ausschließungsgrund in der Person eines Gesellschafters vorliegt, können die anderen Gesellschafter den "störenden" Gesellschafter auch zur Vermeidung der völligen Ausschließung aus der Gesellschaft verpflichten, seine Beteiligung auf einen ihnen genehmen Treuhänder zu übertragen. Die treuhänderische Übertragung der Beteiligung darf aber nicht zu einer "Selbstentmündigung" des Treugebers führen. Bei einer zweigliedrigen Gesellschaft kommt ferner die Einschaltung eines neutralen Treuhänders "als Schiedsrichter" in Betracht.

Dritter Teil: Auswirkungen des Treuhandverhältnisses auf das Gesellschaftsverhältnis und das Verhältnis zu außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten.

Das für alle Treuhandverhältnisse, bei denen der Treuhänder Vollrechtsinhaber ist, typische Auseinanderfallen von rechtlicher und wirtschaftlicher Zuordnung des Treuguts wirft für die rechtliche Beurteilung die Problematik formalrechtlicher oder wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf. Welcher Betrachtungsweise der Vorzug zu geben ist, muß aus dem Zweck der jeweiligen rechtlichen Institution entschieden werden.

Im Steuerrecht wird im allgemeinen auf die wirtschaftliche Zuordnung des Treuguts abgestellt. Nach § 11 Nr. 2 und 3 StAnpG werden Wirtschaftsgüter, die zu treuen Händen übereignet worden oder durch einen Treuhänder zu treuen Händen für den Treugeber erworben worden sind, dem Treugeber zugerechnet [1]. Der Treugeber des Treuhänder-Gesellschafters gilt steuerlich als Mitunternehmer, d.h., er wird so behandelt, als ob er selbst Gesellschafter wäre. Die auf den Treuhänder entfallenden Beteiligungserträge sind demgemäß

---

1) Das gilt allerdings nur, "soweit nichts anderes bestimmt ist". Zur steuerlichen Behandlung von rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnissen vgl. v.Wallis, NJW 1957, 321 ff.; Haegele, KTS 1957, 145 ff.; vgl. ferner Frey, JW 1934, 3089 ff.; Ahlbäumer, Treuhandverhältnisse im Steuerrecht, 1935 und die neuere Darstellung von Kirsten, Treuhand und Treuhänder im Steuerrecht, 1965.

Einkünfte des Treugebers aus Gewerbebetrieb i. S. von § 15 Nr. 2 EStG [2]. Ebenso wird die Beteiligung hinsichtlich der Erbschafts- und Schenkungssteuer dem Treugeber zugerechnet. So ist die Übertragung der Beteiligung auf den Treuhänder oder die Rückübertragung auf den Treugeber kein schenkungssteuerpflichtiger Vorgang. Erbt der Treuhänder dagegen später die Beteiligung vom Treugeber, muß er Erbschaftssteuer entrichten, obwohl er bereits Gesellschafter ist [3] [4].

Geht es bei den Ertrags- und Vermögenssteuern darum, jemandem aufgrund fiskalischer Interessen Einkünfte und Vermögen zum Zweck der Besteuerung zuzurechnen, so "ist es Aufgabe des Handelsrechts, lebensfähige Organismen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben zu gestalten" [5]. Da die Gesellschafterstellung des Treuhänders nicht nur zum Schein begründet worden ist, muß im Zivilrecht aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit von der formalen Gestaltung ausgegangen und der Treuhänder als Zurechnungssubjekt

---

2) Vgl. BFH, DB 1954, 54 und BFH, BStBl. III 1962, 337 (im Hinblick auf die Unterbeteiligung, bei der der Unterbeteiligte voll an der Substanz der Hauptbeteiligung beteiligt ist); Paulick, Handbuch, III Rz.49, ferner Rz. 923 (im Hinblick auf die Unterbeteiligung).

3) Vgl. v. Wallis, NJW 1957, 321 (323).

4) Die Grunderwerbsteuer knüpft dagegen als Rechtsverkehrssteuer an den formalen Eigentümerwechsel an. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise kommt insoweit nicht in Betracht, vgl. BFH, BStBl. III 1963, 15o und Liebich, S. 71.

5) Winkler, NJW 1969, 1935.

der Gesellschaftsbeteiligung betrachtet werden. Die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Sachverhalts wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Das soll anhand einiger typischer Problemstellungen, die sich bei der treuhänderischen Rechtsträgerschaft der Gesellschafterstellung ergeben, dargestellt werden. Außerdem sollen einige Möglichkeiten der "Synchronisierung" von Gesellschaftsverhältnis und Treuhandverhältnis durch vertragliche Gestaltung gezeigt werden. Dabei wird davon ausgegangen, daß die Treuhänderstellung den Mitgesellschaftern offengelegt und von ihnen gebilligt ist, da bei einem verdeckten Treuhandverhältnis die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Sachverhalts - außer bei der Zwangsvollstreckung und im Konkurs des Treuhänders [6] - nicht in Betracht kommt.

§ 1o Der Schutz des Treugebers bei treuwidrigem Handeln des Treuhänders

Die im Verhältnis zum Zweck der Rechtseinräumung "überschießende" Rechtsmacht des Treuhänders birgt die Gefahr des Rechtsmißbrauchs in sich. Der Treuhänder-Gesellschafter kann seine Befugnisse aus dem Innenverhältnis einmal dadurch überschreiten, daß er pflichtwidrig über den Gesellschaftsanteil verfügt, zum anderen dadurch, daß er die Gesellschafterrechte, insbesondere das Stimmrecht pflichtwidrig ausübt.

---

6) Dazu noch unten, S. 13o ff.

I. Treuwidrige Veräußerung der Beteiligung

Die Frage treuwidriger, d.h.,im Verhältnis zum Treugeber pflichtwidriger Verfügungen des Treuhänders über das Treugut ist in Rechtsprechung und Literatur häufig erörtert und erst kürzlich von v. Kries eingehend untersucht worden [7]. Es handelt sich dabei - neben der Frage der Behandlung des Treuguts in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs des Treuhänders - um ein Hauptproblem des Treuhandrechts. Treuwidrige Verfügungen des Treuhänder-Gesellschafters über den Gesellschaftsanteil [8] dürften zwar eine geringere Rolle als in anderen Treuhandfällen spielen. Denn dadurch, daß die Übertragung der Gesellschafterstellung der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf, ist die Verkehrsfähigkeit der Beteiligung erschwert. Die treuwidrige Veräußerung der Beteiligung ist aber für den Treugeber besonders schwerwiegend, weil der Gesellschaftsanteil meist einen recht erheblichen Vermögenswert darstellt.

Unproblematisch ist, daß die treuwidrige Verfügung den Treuhänder aufgrund des Treuhandvertrags und u. U. auch nach § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 266 StGB zum Schadensersatz verpflichtet. Schadens-

---

7) V. Kries, Die Rechtsstellung des Erwerbers bei treuwidrigen Verfügungen eines Treuhänders, Diss., Freiburg 1965; vgl. dort (S. 7 ff.) die ausführliche Darstellung von Rspr. und Schrifttum.

8) In Betracht kommen treuwidrige Verfügungen zu Gunsten außerhalb der Gesellschaft stehender Dritter und zu Gunsten der Mitgesellschafter, zu einer treuwidrigen Verfügung zu Gunsten der Mitgesellschafter vgl. den Sachverhalt der Entscheidung BGH NJW 1968, 1471 = (mit ausführlicherer Wiedergabe des Sachverhalts) JuS 1968, 432, auf die noch unten (S.looff.) näher eingegangen wird.

ersatzansprüche gegen den Treuhänder reichen aber nicht aus, weil sie für den Treugeber meist kein Äquivalent für den Verlust der "mittelbaren Beteiligung" darstellen. In welchen Fällen der Treugeber auch im Außenverhältnis vor treuwidrigen Verfügungen des Treuhänders geschützt ist, ist jedoch sehr umstritten.

1. Anwendung der §§ 138, 134 BGB auf die treuwidrige Veräußerung der Beteiligung

Eine dinglich wirkende Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Treuhänders wird wegen § 137 BGB allgemein abgelehnt [9]. Die h. M. zieht daraus die Konsequenz, daß die treuhänderische Bindung lediglich über die §§ 134, 138 BGB Außenwirkung erlangen kann.

a) Verstoß gegen § 138 BGB

Zieht man die Grundsätze heran, die zur Sittenwidrigkeit von Geschäften, die unter Verletzung vertraglicher Pflichten vorgenommen werden, entwickelt worden sind, so verstößt die treuwidrige Veräußerung von Treugut trotz Kenntnis des Gegners von der Treuwidrigkeit grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten. Hinzukommen müssen vielmehr besondere Umstände (z. B. Bestärkung in dem Entschluß, den Vertrag zu brechen, und Förderung des Vertragsbruchs) [1o].

---

9) Vgl. v. Kries, Diss., S. 7 mit Übersicht über Rspr. und Literatur; a.A. wohl nur Müller-Freienfels, S. 135 ff.; kritisch auch Kötz, Trust und Treuhand, S. 14o.

1o) Vgl. Erman-Westermann, § 138 Anm. 11 jj und den Überblick über die Rspr. bei Soergel-Hefermehl, § 138 Rz. 91.

Die Anwendung dieser Grundsätze trägt dem Schutzbedürfnis des Treugebers jedoch zu wenig Rechnung. V. Kries [11] und Huber [12] haben deswegen vorgeschlagen, Nichtigkeit der treuwidrigen Verfügung schon dann anzunehmen, wenn der Treubruch dem Erwerber bekannt sei. Die Unterscheidung zwischen treuwidrigem Handeln und der Verletzung einer sonstigen Vertragspflicht sei deswegen gerechtfertigt, weil der Treuhänder nicht nur ein "Gläubigerinteresse", sondern ein "Vermögensinteresse" des Treugebers verletze [13].

Dem ist zu folgen. Aufgrund der wirtschaftlichen Zuordnung des Treuguts zum Vermögen des Treugebers und der gegenüber gewöhnlichen Schuldverhältnissen gesteigerten Treuepflicht des Treuhänders wiegt die pflichtwidrige Veräußerung des Treuguts schwerer als die Verletzung einer gewöhnlichen Vertragspflicht. Das beweist auch der strafrechtliche Schutz, den das Treugut durch § 266 StGB erhält [14]. Eine Parallele für eine solche Unterscheidung findet sich in einer älteren Entscheidung des BGH [15], in der es um die Verletzung von gesellschaftsrechtlichen Pflichten ging.

---

11) Diss., S. 88 ff.

12) Rechtsstellung des Treugebers, 399 (414).

13) So Huber, a.a.O.

14) Vgl. dazu statt aller Schönke-Schröder, § 266 Rz. 29.

15) BGHZ 12, 308 ff.

> Die Kläger hatten mit der C.-Filmgesellschaft OHG einen bürgerlich-rechtlichen Gesellschaftsvertrag zur Herstellung eines Dokumentarfilms geschlossen. Die Kläger sollten sich an der Finanzierung des Films beteiligen und erhielten dafür eine Gewinnbeteiligung an dem aus dem Film entstehenden Reingewinn. Als die C. später in finanzielle Schwierigkeiten geriet, trat sie dem Beklagten zur Sicherung eines Kredits ihre Rechte gegenüber der Verleihfirma, der T.-Film GmbH, ab.

Zu dem auf § 826 BGB gestützten Schadensersatzanspruch der Kläger führte der BGH [16] aus:

> "Die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten, die die Wahrung der Vermögensbelange der übrigen Gesellschafter zum Gegenstand haben, wiegt bei der Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB schwerer als die Verletzung einfacher schuldrechtlicher Vertragspflichten, wie etwa die Verletzung der Verpflichtungen aus einem Kaufvertrag. Das wird durch einen Hinweis auf die Strafbestimmung des § 266 StGB deutlich, die der Verletzung eines besonderen Treueverhältnisses gegenüber der Verletzung einfacher schuldrechtlicher Vertragspflichten in strafrechtlicher Hinsicht ein entscheidendes Gewicht beimißt. Diese Beurteilung gilt in gleicher Weise im Anwendungsbereich des § 826 BGB, so daß die Beteiligung an der Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Treupflicht gegenüber der Beteiligung an einem einfachen Vertragsbruch vom Standpunkt der Sittengesetze aus stärker ins Gewicht fällt."

---

16) A.a.O., S. 319/320.

Am Maßstab des § 266 StGB gemessen ist die treuwidrige Veräußerung von Gesellschaftsvermögen und die treuwidrige Veräußerung von Treugut wertungsmäßig gleichzusetzen.

Somit ist schon bei bloßer Kenntnis des Erwerbers vom treuwidrigen Handeln des Treuhänders ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen. Da der Sittenverstoß meist nicht nur in dem Zweck des Vertrags, durch den sich der Treuhänder zur Veräußerung des Treuguts verpflichtet, sondern auch in der Veräußerung des Treuguts selbst liegt, wird nicht nur das Grundgeschäft, sondern auch das Erfüllungsgeschäft davon betroffen [17]. Bei der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils werden Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft auch meist eine Einheit i. S. von § 139 BGB bilden, da sie regelmäßig in einer Vertragsurkunde zusammengefaßt sind [18].

b) Verstoß gegen § 134 BGB

Die treuwidrige Verfügung kann außerdem, was Huber [19] eingehend dargelegt hat, nach § 134 BGB nichtig sein. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot liegt nicht nur vor, wenn das Rechtsgeschäft als solches verboten

---

17) Huber, Rechtsstellung des Treugebers, 399 (415).

18) Zur Zusammenfassung von Grund- und Erfüllungsgeschäft zu einer Einheit i.S. von § 139 BGB vgl. Erman-Westermann, § 139 Anm. 1o; RGZ 153, 35o (352) geht für die Übertragung von GmbH-Anteilen bei formnichtigem Grundgeschäft von der Einheit von Grund- und Erfüllungsgeschäft aus.

19) Rechtsstellung des Treugebers, 399 (41o ff.); ders., JZ 1968, 791 (792).

ist, sondern auch auch dann, wenn es dadurch, daß sämtliche am Abschluß des Rechtsgeschäfts Beteiligten gegen Strafnormen verstoßen, "den Makel des Unerlaubten trägt" [20]. Der Erwerber, der vom Treubruch des Treuhänders weiß und mit ihm zusammenwirkt, begeht eine Beihilfe zur Untreue (§§ 266, 49 StGB). Die Lage ist ähnlich wie bei einem Rechtsgeschäft zwischen Dieb oder demjenigen, der eine Sache unterschlagen hat, und Hehler. Ein solches Geschäft ist - wie wohl allgemein anerkannt ist [21] - nach § 134 BGB nichtig. Da § 266 StGB die treuwidrige Herbeiführung der Vermögensveränderung verhindern will, ist nicht nur das Grundgeschäft, sondern auch das Erfüllungsgeschäft nichtig [22] [23].

---

20) Flume, § 17, 3; vgl. ferner die Nachw. bei Huber, Rechtsstellung des Treugebers, 399 (412), Fn. 60; weitergehend als die h.M. will Flume, a.a.O., für einen Verstoß gegen § 134 BGB auch schon genügen lassen, daß der eine Teil vom strafbaren Verhalten des anderen Teils Kenntnis hat, ohne sich selbst strafbar zu machen.

21) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 190,Anm. 28; Flume, § 17, 3; Soergel-Hefermehl, § 134 Rz. 18.

22) Ob ein gesetzliches Verbot nur das Grundgeschäft oder nur das Erfüllungsgeschäft oder beide Geschäfte treffen will, ist eine Frage der Auslegung des Verbotsgesetzes, vgl. BGHZ 11, 59 (61); vgl. dazu ferner Erman-Westermann, § 134 Anm. 14; Soergel-Hefermehl, § 134 Rz. 33.

23) Die Sittenwidrigkeit der Verfügung läßt sich auch aus dem beiderseitigen Verstoß gegen § 266 StGB herleiten. Ein Gesetzesverstoß enthält zwar nicht unbedingt einen Sittenverstoß (vgl. RGZ 115, 319, 325). Der beiderseitige Verstoß gegen ein Strafgesetz führt aber auch zum Vorwurf der Sittenwidrigkeit.

Somit ergibt sich, daß die treuwidrige Veräußerung des Treuguts gegen §§ 134, 138 BGB verstößt, wenn Treuhänder und Erwerber kollusiv zusammenwirken. Für einen Verstoß gegen § 138 BGB reicht auch schon aus, daß der Erwerber vom treuwidrigen Handeln des Treuhänders Kenntnis hat [24].

c) Gesellschaftsrechtliche Folgen des Verstoßes gegen §§ 134, 138 BGB

Diese Grundsätze können aber nur hinsichtlich der Voraussetzungen, nicht hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die treuwidrige Veräußerung der Beteiligung durch den Treuhänder übertragen werden. An die Stelle der Nichtigkeitsfolge der §§ 134, 138 BGB treten im Hinblick auf den Gesellschaftsvertrag regelmäßig die Rechtsfolgen der fehlerhaften Gesellschaft [25].
Die Übertragung der Beteiligung stellt eine Kombination von Veräußerungsgeschäft, Vertragsübernahme, Austrittsvereinbarung und Aufnahmevertrag dar [26].
Im Hinblick auf das Gesellschaftsverhältnis bedeutet sie das Ausscheiden und die Aufnahme eines Gesellschafters. Wie bereits oben [27] erwähnt wurde, sind darauf die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sinngemäß anzuwenden. In BGH, WM 1968, 892 ist zwar die Geltendmachung einer fehlerhaften Über-

---

24) In Betracht kommen ferner Schadensersatzansprüche gegen den Erwerber nach § 826 BGB oder § 823 Abs.2 BGB i. V. mit §§ 266, 49 StGB.

25) Vgl. dazu die Darstellung bei Hueck, OHG, § 7; RGRK-HGB-Fischer, § 105 Anm. 68 ff.; Westermann, Handbuch, I Rz. 750 ff.

26) Westermann, Handbuch, I Rz. 391; vgl. ferner Hueck, JZ 1954, 505; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S.58 ff.

27) S. 33, Fn. 82.

tragung der Beteiligung der Gesellschaft gegenüber ausgeschlossen worden. Dahinter steht die Erwägung, daß die Gesellschafter vor möglichen Auswirkungen einer fehlerhaften Veräußerung der Beteiligung durch einen Gesellschafter auf das Gesellschaftsverhältnis geschützt werden sollen, wenn die "Fehlerquelle" in dem Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber liegt. Auch wenn man dieser Entscheidung folgt, so sind die Gesellschafter aber dann nicht schutzwürdig, wenn sie die Treuhänderstellung des veräußernden Gesellschafters gebilligt und die Zustimmung zur Übertragung der Beteiligung auf den Dritten in Kenntnis des treuwidrigen Charakters der Übertragung gegeben haben oder der treuwidrige Charakter evident [28] war.

2. Entsprechende Anwendung der Lehre vom Vollmachtsmißbrauch auf die treuwidrige Veräußerung der Beteiligung

Daß der Erwerber vom Treubruch Kenntnis gehabt hat - Voraussetzung für die Anwendung der §§ 134, 138 BGB -, wird im Prozeß meist schwer zu beweisen sein. Hoche [29], Kötz [30] und v. Kries [31] haben deshalb vorgeschlagen, den Schutz des Treugebers durch die entsprechende Anwendung der Grundsätze über den Vollmachtsmißbrauch zu erweitern. Zu ähnlichen Ergebnissen wie durch die Anwendung der Grundsätze über den Vollmachtsmißbrauch

---

28) Dazu noch unten, S. 11o.

29) Palandt-Hoche, Einf. vor § 929 Anm. 7 B a; a.A. dagegen jetzt Palandt-Degenhardt, Einf. vor § 929 Anm. 7 B a.

3o) Trust und Treuhand, S. 141.

31) Diss., S. 1o8 ff.; ferner Assfalg, NJW 197o, 19o2 (19o6).

kommt Schlosser durch die Annahme einer stillschweigend vereinbarten Resolutivbedingung, wonach das Eigentum am Treugut unter der auflösenden Bedingung einer treuwidrigen Verfügung übertragen ist [32]. Diese Lösung kommt jedoch - wie noch unten zu erörtern sein wird [33] - für die Treuhand an Gesellschaftsanteilen nicht in Betracht.

a) Übertragung der Lehre vom Vollmachtsmißbrauch auf Treuhandverhältnisse

Die Lehre vom Vollmachtsmißbrauch (im folgenden: Mißbrauchslehre) besagt ganz allgemein, daß ein Geschäft, das der Bevollmächtigte erkennbar unter Mißbrauch der Vollmacht vorgenommen hat, dem Geschäftsgegner nicht zugute kommen soll. Die Rechtsprechung stützt sich dabei auf § 242 BGB [34]. Demgegenüber schränkt ein Teil der Lehre das Abstraktionsprinzip in diesen Fällen ein: Der Verselbständigung der Vollmacht lägen Verkehrsschutzgesichtspunkte zugrunde; wenn der Gegner aber nicht schutzwürdig sei, wirke das Innenverhältnis auf die Vollmacht ein und begrenze sie. Dementsprechend handele der Vertreter bei erkennbarem Mißbrauch der Vollmacht ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff. BGB) [35].

---

32) NJW 1970, 681 (685). Schlosser hält im übrigen die Mißbrauchslehre ebenfalls für anwendbar.

33) S. 115.

34) Vgl. BGH, NJW 1966, 1911 m.w.Nachw. und den Überblick über die Rspr. in RGRK-BGB-Kuhn, § 166 Anm. 27.

35) Vgl. Flume, § 18, 8; Larenz, AT, § 36 II; Lehmann-Hübner, § 36 VI 4; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 177 Rz. 16 ff. Der Vorschlag stammt von Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, Reichsgerichtsfestgabe II, S. 273 ff.

aa) Anwendung des in der Lehre vom Vollmachtsmißbrauch enthaltenen Gedankens des Mißbrauchs einer formalen Rechtsstellung auf Treuhandverhältnisse

Gleichgültig, woraus man die Lehre vom Vollmachtsmißbrauch herleitet, handelt es sich hierbei letztlich um die Berücksichtigung eines Billigkeitsgedankens: Ein Rechtsgeschäft, das jemand unter Mißbrauch einer formalen Rechtsstellung vornimmt, soll dem Geschäftsgegner nicht auf Kosten des wirtschaftlich Betroffenen zugute kommen, wenn er den Mißbrauch erkennen mußte. Demgemäß hat die Rechtsprechung die Anwendung dieser Grundsätze auch nicht auf den Mißbrauch rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht beschränkt. Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1911 hat das RG die Lehre vom Vollmachtsmißbrauch auf die Testamentsvollstreckung übertragen [36] und dabei weniger auf die dogmatische Einordnung der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers als auf den Schutzgedanken abgestellt:

> "Der Erbe ist nicht in gleicher Weise, wie es der Erblasser gewesen wäre, zum wirksamen Schutze seiner Rechte in der Lage. Umso mehr bedarf er gegen einen Mißbrauch der aus der Anordnung der Testamentsvollstreckung erwachsenden Rechte eines Schutzes, und auch aus diesem Grunde kann es einem Bedenken nicht unterliegen, jenen für die Vollmacht anerkannten Grundsatz auf die ebenfalls auf rechtsgeschäftlicher Grundlage ruhende Testamentsvollstreckung auszudehnen."

---

36) RGZ 75, 299 (302); seitdem ständige höchstrichterliche Rspr., vgl. RGZ 83, 348 (353); 130, 131 (134); OGHZ 3, 242 (247); beiläufig auch BGHZ 30, 67 (71).

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1934 hat das RG dann die Grundsätze über den Vollmachtsmißbrauch auf die gesetzliche Vertretung übertragen [37]. Noch weitergehend hat der BGH den Mißbrauchsgedanken auch bei der Vertretung der OHG durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter berücksichtigt [38], obwohl im Handelsverkehr ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis besteht, dem durch die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft (§§ 126, 161 Abs. 2 HGB) [39] Rechnung getragen ist [40].

Die folgerichtige Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung wäre, die Mißbrauchslehre auch auf Treuhandverhältnisse anzuwenden, wenn dem Erwerber die Treuhändereigenschaft bekannt ist. Der BGH [41]

---

37) RGZ 145, 311 (315) = JW 1935, 1o12 mit Anm. Siebert (Mißbrauch der Vertretungsmacht durch Organe einer Körperschaft des öffentlichen Rechts).

38) BGH,WM 196o, 611; vgl. auch BAG 12, 151 ff. = JZ 1962, 758 mit Anm. Isele (Mißbrauch der Vertretungsmacht durch GmbH-Geschäftsführer).

39) Vgl. insoweit auch die Parallelvorschriften der §§ 82 Abs. 1 AktG; 37 Abs. 2 GmbHG und 27 Abs. 2 GenG.

4o) Erst recht hat der BGH die Grundsätze über den Vollmachtsmißbrauch in einem Fall angewandt, in dem es um einen Mißbrauch der schon durch das Gesetz eingeschränkten elterlichen Vertretungsmacht ging, vgl. BGH, MDR 1964, 592.

41) BGH,NJW 1968, 1471 mit Anm. Kötz = JZ 1968, 428 und 791 mit Anm. Huber = DB 1968, 932 mit Anm. Friess in DB 1969, 957 = JuS 1968, 432.

hat jedoch in einer Entscheidung, die die treuhänderische Verwaltung der Beteiligung an einer BGB-Gesellschaft betraf, diesen Schritt abgelehnt. Zur Begründung weist der erkennende Senat auf den Unterschied zwischen dem Handeln als Vertreter und dem Handeln als Treuhänder hin: Der Vertreter handele im Namen des Vertretenen; der Treuhänder handele dagegen im eigenen Namen und verfüge über ein eigenes Recht. Diese formalrechtliche Betrachtungsweise wird dann durch den Hinweis auf § 137 BGB und das Gebot der Rechtsklarheit gestützt.

Der formalen Unterscheidung des BGH hat Huber [42] auch materielle Berechtigung zu geben gesucht: Wenn sich die Parteien der Rechtsform der Treuhand und nicht des Rechtsinstituts der Stellvertretung bedient hätten, so verfolgten sie damit einen ganz bestimmten Zweck. Dieser Parteiwille müsse beachtet werden.

Die Argumentation Hubers überzeugt jedoch nicht. Die Form der Verwaltungstreuhand wird - wie im zweiten Teil der Arbeit dargelegt wurde - meist anstelle einer Vollmachtskonstruktion deswegen gewählt, weil der Treugeber nicht nach außen in Erscheinung treten will oder selbst nicht Rechtsinhaber sein kann. Die im Verhältnis zum Zweck der Rechtseinräumung überschießende Rechtsmacht des Treuhänders wird dabei als "notwendiges Übel" in Kauf genommen. Zu Recht weist Kötz in einer kritischen

---

42) JZ 1968, 791 (792); ebenso Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 7o5 Rz. 19.

Stellungnahme zu der Entscheidung [43] darauf hin, daß es zwar dogmatisch, nicht aber funktionell einen Unterschied mache, ob eine Mutter einen bestimmten Vermögensgegenstand als gesetzliche Vertreterin, als Testamentsvollstreckerin oder als Verwaltungstreuhänderin zu Gunsten ihrer Kinder zu verwalten habe. Wegen der oben dargestellten rechtlichen Schwierigkeiten wird gerade bei Gesellschaftsbeteiligungen häufig die Form der Verwaltungstreuhand als rechtlich "sicherere" Lösung der Testamentsvollstreckung vorgezogen. Auch Westermann [44] hat zu der formalen Argumentation des BGH kritisch Stellung genommen und ausgeführt, daß es sich beim Einwand des Rechtsmißbrauchs um ein allgemeines Institut handele, das nicht deswegen unanwendbar werde, weil der Treuhänder im Gegensatz zum Vertreter formal über ein eigenes Recht verfüge. Die Maßgeblichkeit des "materiellen Gerechtigkeitsdenkens" dürfe nicht von der - letztlich begrifflichen - Unterscheidung zwischen Handeln als Vertreter und als Treuhänder abhängig sein. Es handele sich in beiden Fällen darum, ob es auf die formale Rechtsmacht oder die dem anderen Teil erkennbare Pflicht zur Interessenwahrung ankomme.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise wäre allerdings unzulässig, wenn sie - wie der BGH angenommen hat - zu einem Verstoß gegen § 137 BGB führen würde. Nach § 137 S. 1 BGB kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft

---

43) NJW 1968, 1471.

44) Handbuch, I Rz. 113 1 c.

ausgeschlossen oder beschränkt werden. Geht man vom Wortlaut der Vorschrift aus, so liegt in der Anwendung der Mißbrauchslehre auf Treuhandverhältnisse kein Verstoß gegen § 137 BGB. Denn die Treuhandabrede wird konstruktiv nicht "verdinglicht". Da aber materiell eine ähnliche Wirkung erzielt wird, wie wenn man der Treuhandabrede dinglichen Charakter beilegen würde, läßt sich die Argumentation des BGH allein aus dem Wortlaut des § 137 BGB nicht widerlegen.

Die Frage nach dem Sinn des § 137 BGB wird im Schrifttum nicht ganz einheitlich beantwortet. Baur [45] hält § 137 BGB für eine "Grundrechtsnorm" im Rahmen des BGB. Die Vorschrift sei Ausdruck des Gedankens, daß die freie Verfügung über das Vermögen unabdingbares Attribut der Rechtsperson sei. Gegen diese Auffassung spricht jedoch - wie Däubler [46] zu Recht eingewandt hat -, daß die Zulässigkeit obligatorischer Beschränkungen der Verfügungsbefugnis nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt ist (§ 137 S. 2 BGB). Aber auch wenn man sich der Ansicht von Baur anschließt, steht § 137 BGB der Anwendung der Mißbrauchslehre auf Treuhandverhältnisse nicht entgegen. Denn die Verfügungsfreiheit über das Vermögen ist nur insoweit schutzwürdig, als es sich um Gegenstände handelt, die dem Rechtsinhaber auch wirtschaftlich zustehen.

Nach Müller-Freienfels [47] soll § 137 BGB in erster Linie verhindern, daß Gegenstände durch private Vereinbarungen dem Rechtsverkehr entzogen werden. Diese

---

45) JZ 1961, 334 (335).

46) NJW 1968, 1117 (1118).

47) S. 129 ff.

Auffassung läßt sich auch aus den Materialien zum BGB [48] belegen. Hinter der verkehrsfreundlichen Einstellung des BGB steht eine aus der Gedankenwelt des Liberalismus stammende wirtschaftspolitische Konzeption, die glaubt, durch freien Güteraustausch zu einer sinnvollen Ordnung des Wirtschaftsgeschehens zu kommen [49]. Legt man dem § 137 BGB nur diesen Normzweck zugrunde, so bestehen ebenfalls keine Bedenken, die Mißbrauchslehre auch auf Treuhandverhältnisse anzuwenden. Denn selbst wenn man der Treuhandabrede dinglichen Charakter beilegen würde [5o], würde das Treugut nicht zu einer "res extra commercium", sondern nur unter bestimmte Verfügungsmodifikationen gestellt [51]. Bei einer Beteiligung an einer Personengesellschaft kommt noch hinzu, daß das Mitgliedschaftsrecht nach dem ihm vom Gesetz gegebenen Inhalt gar nicht verkehrsfähig ist, so daß eine durch die Treuhandabrede bedingte Verfügungsmodifikation eine noch unbedeutendere Rolle als bei anderen Treuhandverhältnissen spielen würde.

Nach wohl h. M. soll § 137 BGB aber nicht nur die Schaffung verkehrsunfähiger Rechte verhindern, sondern

---

48) Vgl. Mot. III, 77.

49) Däubler, NJW 1968, 1117 (1121).

5o) So - von seinem Standpunkt aus konsequent - Müller-Freienfels, S. 124 ff.

51) Vgl. Müller-Freienfels, S. 131.

insbesondere auch dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dienen [52]. Der Rechtsverkehr würde beeinträchtigt, wenn die Rechtszuständigkeit durch den Ausschluß oder die Beschränkung der Verfügungsfähigkeit in der verschiedenartigsten Weise rechtsgeschäftlich gestaltet werden könnte [53]. Geht man von dieser formalen Ordnungsfunktion des § 137 BGB aus, so ergibt sich: Durch die Anwendung der Mißbrauchslehre auf Treuhandverhältnisse wird die dingliche Rechtsstellung des Treuhänders nicht beschränkt. Konstruktiv liegt keine "Verdinglichung" der Treuhandabrede vor. Der Schutz des Rechtsverkehrs wird aber - worauf noch unten näher eingegangen wird [54] - in ausreichendem Maße berücksichtigt. Die h. M. hält demgemäß auch bei der treuhänderischen Übereignung beweglicher Sachen eine Resolutivbedingung für zulässig, wonach das Eigentum am Treugut unter der auflösenden Bedingung einer treuwidrigen Verfügung übertragen wird. Nach § 161 Abs. 2 BGB fällt damit das Eigentum am Treugut trotz der entgegenstehenden Verfügung des Treuhänders an den Treugeber zurück. In der materiellen Wirkung läuft eine solche Kon-

---

52) Vgl. Erman-Westermann, § 137 Anm. 1; Palandt-Danckelmann, § 137 Anm. 2; Staudinger-Coing, § 137 Rz. 1 a; Flume, § 17, 7; Lange, § 5o IV; Däubler, NJW 1968, 1117 (112o).

53) Flume, a.a.O.

54) S. 1o5 f.

struktion ebenfalls auf eine "Verdinglichung" der Treuhandabrede hinaus [55]. Gleichwohl wird sie für zulässig gehalten, weil durch § 161 Abs. 3 BGB i.V. mit den Gutglaubensvorschriften Verkehrsschutzgesichtspunkten genügend Rechnung getragen ist [56].

Die Mißbrauchslehre ist deshalb - im Gegensatz zu der vom BGH vertretenen Ansicht - auch auf Treuhandverhältnisse übertragbar, wenn dem Erwerber die Treuhändereigenschaft bekannt ist.

bb) Subjektive Erfordernisse auf der Erwerberseite

Nach h.M. in Rechtsprechung und Schrifttum ist der Mißbrauch der Vertretungsmacht schon bei fahrlässiger Unkenntnis des Geschäftsgegners beachtlich [57]. Insbesondere Nipperdey [58] hat dagegen Bedenken geäußert und grobe Fahrlässigkeit des Geschäftsgegners verlangt. Flume [59] hat demgegenüber vorgeschlagen, einen objektiven Maßstab anzuwenden: Das Kennenmüssen als eine Pflichtverletzung des Geschäftsgegners könne nicht das Kriterium sein, auf welches es für die Frage ankomme, ob im Falle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht

---

55) Assfalg, NJW 197o, 19o2 spricht von einer Durchbrechung der Barriere des § 137 BGB.

56) Vgl. Erman-Westermann, § 137 Anm. 4; Soergel-Hefermehl, § 137 Rz. 1o; Staudinger-Coing, § 137 Rz. 3; Palandt-Degenhart, Einf. vor § 929 Anm. 7 C a; Enneccerus-Nipperdey, § 148 II 2; Siebert, Treuhandverhältnis, S. 217; Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1961, 46; a.A. Oertmann, § 137 Anm. 2 a; Flume, § 17, 7.

57) Vgl. den Überblick über Rspr. und Schrifttum in BGH NJW 1966, 1911.

58) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 183 I 5, Fn. 25; auch das RG hielt den Mißbrauch der Vertretungsmacht ursprünglich nur bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Geschäftsgegners für beachtlich, vgl. RGZ 57, 389 (391); 71, 219 (222).

59) § 45 II 3.

die Legitimation des Vertreters aufgehoben sei. Andererseits sei eine Regelung nicht praktikabel, nach welcher nur bei Kenntnis des Mißbrauchs das Vertretungsgeschäft nicht gelte, weil die Kenntnis als ein subjektiver Tatbestand sich nur schwer beweisen lasse. Man solle dem "Kennen" nicht das "Kennenmüssen" gleichstellen, sondern auf die Evidenz des Mißbrauchs abstellen.

Dem von Flume vorgeschlagenen Maßstab ist gegenüber der h.M. der Vorzug zu geben. Er unterscheidet sich zwar sachlich kaum von dem der h.M. Denn der Mißbrauch dürfte, wenn der Geschäftsgegner ihn erkennen muß, auch evident sein. Letztlich handelt es sich daher mehr um einen terminologischen Unterschied. Wenn man auf die Evidenz des Mißbrauchs abstellt, so kommt darin jedoch besser zum Ausdruck, daß an die Sorgfaltspflichten des Geschäftsgegners keine allzu hohen Anforderungen gestellt, ihm insbesondere keine Nachforschungspflichten auferlegt werden dürfen. Evident wird der Mißbrauch in der Regel sein, wenn der Treuhänder objektiv den Interessen des Treugebers zuwiderhandelt.

cc) Rechtsfolgen

Rechtsfolge ist nach h.M. die Unwirksamkeit der treuwidrigen Verfügung [6o]. Dazu wird auf die Rechtsprechung zum Mißbrauch der Verfügungsbefugnis durch den Testamentsvollstrecker hingewiesen. In RGZ 75, 299 ff. hatte der Testamentsvollstrecker eine Hypothek zur Sicherung eines persönlichen Darlehens abgetreten. Die Kläger beantragten die Wiedereintragung der Hypothek zu Gunsten des Nachlasses. Das RG kam zu dem Ergebnis,

---

6o) Vgl. Palandt-Hoche, Einf. vor § 929 Anm. 7 B a; Kötz, Trust und Treuhand, S. 141; v.Kries, Diss., S. 1o5 ff. hält demgegenüber die Verfügung für wirksam, leitet jedoch aus § 242 BGB einen Rückübertragungsanspruch her.

daß die mißbräuchliche Abtretung für die Erben "unverbindlich" sei. In RGZ 83, 348 ff. ging es um einen ähnlich gelagerten Fall. Dort hatte der Testamentsvollstrecker eine Grundschuld für eigene Zwecke verwertet. Das RG führte aus, der Beklagte könne aus der Abtretung der Grundschuld "Rechte nicht herleiten". Besser erscheint allerdings, § 177 BGB entsprechend anzuwenden [61] und dem Treugeber damit die Möglichkeit der Genehmigung der treuwidrigen Verfügung zu geben.

b) Besonderheiten bei der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften

Überträgt man diese Grundsätze auf die Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften, so ergeben sich wiederum Besonderheiten im Hinblick auf die Rechtsfolgen. Es ist in diesem Zusammenhang ferner zu überlegen, ob man nicht entgegen der h.M. die Eintragung eines Treuhänderzusatzes ins Handelsregister zulassen sollte.

aa) Offenlegung der Treuhänderstellung durch Eintragung eines Treuhänderzusatzes ins Handelsregister

Da die Anwendung der Mißbrauchslehre auf Treuhandverhältnisse Kenntnis des Erwerbers davon voraussetzt, daß der Veräußerer Treuhänder ist, besteht - sieht man von den Fällen ab, in denen das Treuhandverhältnis Verbergungsfunktion hat - ein Bedürfnis, die Treuhänderstellung offenkundig zu machen. Bei der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften könnte die Offenkundigkeit durch Eintragung eines Treuhänderzusatzes ins Handelsregister erreicht werden. Die Publizität des Handelsregisters ersetzt zwar nicht die individuelle Kenntnis des Erwerbers davon, daß der Veräußerer nur formal

---

61) So ein Teil der Lehre beim Mißbrauch der Vertretungsmacht, vgl. die Nachw. oben, S. 97, Fn. 35.

Gesellschafter ist. Die Eintragung eines Treuhänderzusatzes ins Handelsregister wird aber regelmäßig dazu führen, daß dem Erwerber die Treuhänderstellung bekannt ist.

Einer solchen Eintragung stehen zwar die registerrechtlichen Bedenken der h.M. entgegen. Im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung an einem Handelsgeschäft hat Baur [62] aber darauf hingewiesen, daß formale Gesichtspunkte materiell-rechtlich fundierte, den Interessen der Beteiligten gerecht werdende Lösungen nicht verhindern dürften. Das Handelsregister habe letztlich eine dienende Funktion. Registerrechtliche Gesichtspunkte könnten deshalb nicht über die Zulässigkeit einer "echten Testamentsvollstreckerlösung" entscheiden. Die gleichen Erwägungen gelten im Hinblick auf die Eintragung eines Treuhänderzusatzes ins Handelsregister. Da auch - worauf noch unten eingegangen wird [63] - im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung und den Konkurs des Treuhänders ein Bedürfnis besteht, die Treuhänderstellung durch Eintragung eines Treuhänderzusatzes ins Handelsregister publik zu machen, wird noch unten zu erörtern sein, ob man sich nicht über die registerrechtlichen Bedenken hinwegsetzen und die Eintragung eines Treuhänderzusatzes zulassen sollte.

bb) Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen

Ebenso wie in den Fällen, in denen die treuwidrige Veräußerung der Beteiligung gegen § 138 BGB oder

---

62) Festschrift für Dölle, S. 249 (259).

63) S. 143 ff.

§ 134 BGB verstößt, greifen auch bei der Anwendung der Mißbrauchslehre die besonderen gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen der fehlerhaften Gesellschaft ein. Insoweit kann auf das oben [64] Ausgeführte verwiesen werden.

3. Vorsorgliche Vereinbarungen zum Schutze des Treugebers

Mit Rücksicht darauf, daß der BGH die Übertragung der Mißbrauchslehre auf Treuhandverhältnisse abgelehnt hat, sind für die Praxis vorsorgliche Vereinbarungen, durch die dem Sicherheitsbedürfnis des Treugebers Rechnung getragen wird, von besonderer Bedeutung.

a) In der Praxis übliche Gestaltungen

Gebräuchlich sind in der gesellschaftsrechtlichen Praxis folgende Gestaltungen:

> Der Treuhänder erteilt mit Zustimmung der Mitgesellschafter dem Treugeber die unwiderrufliche Vollmacht, die Beteiligung an einen Dritten oder unter Befreiung von § 181 BGB an sich selbst abzutreten.

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Vollmacht bestehen keine Bedenken. Es ist dabei aber folgendes zu beachten: Der Widerruf aus wichtigem Grunde kann nicht ausgeschlossen werden [65]. Ferner kann dem

---

64) S.99 ff.

65) Vgl. OGH, MDR 1949, 81; OLG Celle, MDR 1961, 936; OLG Hamburg, MDR 1962, 217; Erman-Westermann, § 168 Anm. 9; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 168 Rz. 29; a.A. Flume, § 53, 4. Ein wichtiger Grund für den Widerruf durch den Treugeber ist jedoch kaum denkbar.

Treuhänder dadurch nicht die Verfügungsmacht genommen werden, weil die h.M. eine verdrängende Vollmacht im Hinblick auf § 137 BGB für unzulässig hält [66]. Demgemäß kann durch eine solche Vollmachtskonstruktion die treuwidrige Veräußerung der Beteiligung durch den Treuhänder nicht verhindert werden. Dem Treugeber wird jedoch die Möglichkeit gegeben, den Treuhänder durch Übertragung der Beteiligung an sich oder einen Dritten zu "entmachten" und damit u.U. einem Mißbrauch der Verfügungsmacht zuvorzukommen. Der Treugeber ist ferner bei Beendigung des Treuhandverhältnisses gesichert, da er dann die Beteiligung auf sich oder einen Dritten übertragen kann, ohne daß es dazu der Mitwirkung des Treuhänders bedarf.

Die gleiche Wirkung wird durch folgende Konstruktion erzielt:

> Der Treuhänder macht mit Zustimmung der Mitgesellschafter ein unwiderrufliches Angebot zum Abschluß eines Übertragungsvertrags, das vom Treugeber jederzeit angenommen werden kann.

Die Verfügungsmacht des Treuhänders wird dadurch ebenfalls nicht berührt. Der Treugeber kann jedoch durch die Annahme des Angebots jederzeit in die Gesellschaft eintreten.

---

66) Vgl. statt aller Flume, § 53, 6 und Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 168 Rz. 3o m.w.Nachw.; a.A. dagegen Müller-Freienfels, S. 124 ff.

b) Auflösende Bedingung

Ein absoluter Schutz des Treugebers vor einer treuwidrigen Veräußerung der Beteiligung durch den Treuhänder ließe sich erreichen, wenn der Treugeber die Beteiligung auf den Treuhänder unter der auflösenden Bedingung übertragen könnte, daß die Beteiligung an den Treugeber zurückfällt, wenn der Treuhänder treuwidrig darüber verfügt [67]. Ein solcher automatischer Rückfall würde das Ausscheiden des Treuhänders und das Eintreten des Treugebers in die Gesellschaft bedeuten. Beides richtet sich ausschließlich nach dem Gesellschaftsvertrag. Aber auch durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung kann eine solche Wirkung nicht erreicht werden. Die Gesellschafterstellung kann zwar in dem Sinne von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht werden, daß der Gesellschafter mit Eintritt eines bestimmten in der Zukunft liegenden Ereignisses aus der Gesellschaft ausscheidet [68]. Ein rückwirkendes Ausscheiden ist aber nicht möglich. Demgemäß kann auch der frühere Rechtszustand (§ 158 Abs. 2 BGB) nicht wieder eintreten [69]. Ein automatischer Rückfall der Gesellschafterstellung an den Treugeber ist deshalb nicht möglich.

---

67) Zur Zulässigkeit einer solchen Resolutivbedingung bei beweglichen Sachen vgl. oben, S. 105.

68) Vgl. Hueck, OHG, § 23 II 1, Fn. 8; RGRK-HGB-Fischer, § 105 Anm. 50; Hachenburg-Schilling, § 2 Anm. 43 (für die GmbH).

69) Vgl. Hueck, a.a.O.; Fischer, a.a.O.; Schilling, a.a.O. Hueck spricht deshalb von einem ungewissen Endtermin.

c) Erfordernis der Zustimmung durch den Treugeber

Die Abtretung der Beteiligung durch den Treuhänder könnte ferner im Gesellschaftsvertrag von der Zustimmung des Treugebers abhängig gemacht werden. Nach h.M. kann einem außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten ein Stimmrecht eingeräumt werden [70]. Welcher Natur dieses Stimmrecht ist, wird dabei offengelassen. Wiedemann [71] hat jedoch darauf hingewiesen, daß der Dritte damit keine mitgliedschaftlichen Befugnisse erwerbe. Seine Stellung unterscheide sich in wesentlichen Punkten von der Stellung eines Gesellschafters mit entsprechender Rechtsmacht. Wenn die Gesellschafter den Beschluß faßten, ein Grundstück zu verkaufen, und es anschließend veräußerten, so sei dieser Beschluß auch ohne Zustimmung des Wirtschaftsberaters, dem im Gesellschaftsvertrag ein Stimmrecht eingeräumt worden sei, wirksam,und weder er noch ein überstimmter Gesellschafter könnten daraus Mängel herleiten. Dem "Stimmrecht" des Dritten fehle die dingliche Wirkung, seine Verletzung könne nur zu Schadensersatzansprüchen führen. Eine dingliche Verfügungsbeschränkung der Gesellschafter sei mit § 137 BGB unvereinbar. Dem ist zuzustimmen.

Einem Dritten können danach auch durch den Gesellschaftsvertrag keine dinglich wirkenden Befugnisse im Rahmen der Gesellschaft eingeräumt werden. Eine Vinkulierung der treuhänderisch verwalteten Beteiligung zu Gunsten des Treugebers ist somit nicht

---

70) Vgl. BGH, NJW 1960, 963 = JZ 1960, 490 mit zust. Anm. Hueck; Baumbach-Duden, § 119 Anm. 2 F; Hueck, OHG, § 11 III 1, Fn. 25 a; RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 24; Westermann, Handbuch, I Rz. 275; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 291.

71) S. 291.

möglich. Eine derartige Bestimmung im Gesellschaftsvertrag hat nur schuldrechtliche Wirkung. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag hat aber für den Treugeber den Vorteil, daß ihre Verletzung die Gesellschafter schadensersatzpflichtig macht.

In Betracht kommt schließlich auch eine vom Gesellschaftsvertrag unabhängige Vereinbarung zwischen dem Treugeber und den Gesellschaftern, in der diese sich verpflichten, ihre Zustimmung zur Veräußerung der treuhänderisch verwalteten Beteiligung nur zu geben, wenn der Treugeber damit einverstanden ist. Eine solche Vereinbarung könnte bereits in der Mitunterzeichnung des Treuhandvertrags durch die Gesellschafter gesehen werden. Es handelt sich hierbei aber um eine Auslegungsfrage, die nur aufgrund der Würdigung aller Umstände des Einzelfalls entschieden werden kann. Folgende Gesichtspunkte dürften dabei entscheidend sein: Wenn das Treuhandverhältnis ausschließlich im Interesse des Treugebers begründet wird, liegt in der Mitunterzeichnung des Treuhandvertrags in der Regel nur die Kenntnisnahme und Billigung des Treuhandverhältnisses. Wenn das Treuhandverhältnis dagegen auch im Interesse der Gesellschaft begründet wird, ist die Mitunterzeichnung des Treuhandvertrags als Mitbeteiligung am Treuhandvertrag zu werten. Es ergibt sich daraus die Pflicht, den Zweck des Treuhandvertrags zu fördern und auf die Interessen des Treugebers Rücksicht zu nehmen. Ein Interesse der Gesellschaft an der Begründung des Treuhandverhältnisses besteht z.B., wenn sich die Gesellschafter darauf einigen, daß die Beteiligung eines Mitgesellschafters in Zukunft durch einen allen Betei-

ligten genehmen Treuhänder verwaltet werden soll, um Streitigkeiten aus dem Wege zu gehen [72].

II. Pflichtwidrige innergesellschaftliche Erklärungen

In ähnlicher Weise taucht das Schutzproblem bei innergesellschaftlichen Erklärungen wie der Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften (§ 116 Abs. 2 und § 164 HGB) und zur Prokurabestellung (§ 116 Abs. 3 HGB), den Fällen der §§ 113 Abs. 2, 117, 127, 122, 131 Nr. 2, 14o, 141 HGB), ferner der Abänderung des Gesellschaftsvertrags sowie den Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag im Gesetz nicht vorgesehene Beschlüsse vorschreibt [73]. Da der Gesellschaftsvertrag regelmäßig vorschreibt, daß die Beschlüsse immer oder in bestimmten Fällen in einer Gesellschafterversammlung gefaßt werden müssen, wird im folgenden zur Vereinfachung von dem Fall der pflichtwidrigen Stimmabgabe in einer Gesellschafterversammlung ausgegangen. Die dazu entwickelten Grundsätze dürften aber allgemein auf innergesellschaftliche Erklärungen übertragen werden können.

1. Pflichtwidrigkeit der Stimmabgabe

Die Stimmabgabe ist eine Willenserklärung die den anderen Gesellschaftern gegenüber oder gegenüber dem mit der Entgegennahme beauftragten Repräsentanten der Gesellschaft abgegeben wird [74]. Sie ist im Hinblick auf das Treuhandverhältnis pflichtwidrig, wenn sie der

---

72) Vgl. oben, S. 81 ff.

73) Vgl. die Aufzählung bei Westermann, Handbuch, I Rz. 27o.

74) Westermann, Handbuch, I Rz. 278; vgl. ferner RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 26; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 719 Rz. 32.

Interessenwahrungspflicht des Treuhänders widerspricht oder - sofern der Treuhandvertrag eine Stimmrechtsbindungsvereinbarung enthält - den Weisungen des Treugebers zuwiderläuft.

Dabei ist aber folgendes zu beachten: Der Treuhänder trägt nach außen die Verantwortung für die Verwaltung des Gesellschaftsanteils. Er unterliegt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und macht sich, wenn er sie verletzt, den übrigen Gesellschaftern gegenüber schadensersatzpflichtig. Besteht die Mitgliedschaft in einer OHG-Beteiligung oder ist der Treuhänder persönlich haftender Gesellschafter einer KG, haftet er außerdem den Gesellschaftsgläubigern mit seinem gesamten Vermögen. Das bedeutet, daß bei der Frage, ob eine Pflichtverletzung des Treuhänders gegenüber dem Treugeber vorliegt, nicht nur die Interessen des Treugebers, sondern auch die des Treuhänders berücksichtigt werden müssen.

Daß die Interessenwahrungspflicht und die Weisungsgebundenheit des Treuhänders durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht begrenzt wird, ist bereits oben [75] dargelegt worden. Diese Begrenzung liegt zwar in erster Linie im Interesse der Mitgesellschafter, darüber hinaus aber auch im Interesse des Treuhänders, denn die Verpflichtung zur Verfolgung von Sonderinteressen des Treugebers auf Kosten der Gesellschaft würde für ihn wegen evtl. Schadensersatzansprüche der Mitgesellschafter ein persönliches Haftungsrisiko mit sich bringen. Das Weisungsrecht des Treugebers muß ferner - wenn der Treuhänder persönlich haftender Gesellschafter ist - unter dem

---

75) S. 23 und S. 27.

Gesichtspunkt der Haftung des Treuhänders gegenüber den Gesellschaftsgläubigern begrenzt werden. Der Treugeber kann den Treuhänder aufgrund seines Weisungsrechts nicht verpflichten, unzumutbare Haftungsrisiken auf sich zu nehmen. So handelt der Treuhänder nicht pflichtwidrig, wenn er seine Zustimmung zu einem äußerst riskanten Geschäft, das ein erhebliches Haftungsrisiko mit sich bringt, entgegen den Weisungen des Treugebers verweigert. Der Treugeber kann ihn dann abberufen und durch einen anderen Treuhänder ersetzen - sofern eine solche "Auswechslung" zulässig ist [76].

Stimmt der Treuhänder in diesem eingeschränkten Rahmen entgegen den Weisungen oder mangels Weisungen den Interessen des Treugebers zuwider ab, handelt er pflichtwidrig.

2. Rechtsfolgen der pflichtwidrigen Stimmabgabe

Da dem Treuhänder als Gesellschafter das Stimmrecht zusteht, ist die dem Treugeber gegenüber pflichtwidrige Stimmabgabe grundsätzlich wirksam. Einschränkungen ergeben sich jedoch - ebenso wie bei mißbräuchlichen Verfügungen des Treuhänders über den Gesellschaftsanteil - aus den §§ 138, 134 BGB und der Anwendung der Mißbrauchslehre.

a) Verstoß gegen §§ 138, 134 BGB

Nichtigkeit der Stimmabgabe nach § 138 BGB oder § 134 BGB (wegen Verstoßes gegen § 266 StGB) bei vorsätzlich pflichtwidrigem Handeln des Treuhänders zum Schaden des Treugebers kommt nicht in Betracht, weil die Stimmabgabe nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern

---

76) Zur "Auswechslung" des Treuhänders vgl. oben, S. 1o9/11o und unten, S. 146 ff.

als Teil des Beschlusses gesehen werden muß. Denn der Gesellschafterbeschluß wird heute allgemein als ein mehrseitiges Rechtsgeschäft angesehen, das sich aus den einzelnen Stimmabgaben zusammensetzt [77]. Zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte sind nur dann nach § 138 BGB nichtig, wenn alle Teile sittenwidrig handeln oder die Sittenwidrigkeit gerade im Verhalten gegenüber einem Beteiligten besteht [78]. So ist ein Gesellschafterbeschluß nach § 138 BGB nichtig, wenn die Mehrheit sich dadurch rücksichtslos über die Interessen der Minderheit hinwegsetzt (die Minderheit "vergewaltigt")[79]. Im Hinblick auf den Treugeber handelt es sich aber um die Belange eines außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten, so daß der Beschluß nur sittenwidrig sein kann, wenn alle Beteiligten sittenwidrig handeln.

Ein Rechtsgeschäft kann nach seinem Inhalt, Zweck oder Beweggrund sittenwidrig sein [8o]. Seinem Inhalt nach dürfte ein Beschluß, durch den die Belange des Treugebers verletzt werden, nicht sittenwidrig sein. Die Sittenwidrigkeit könnte allenfalls aus den Beweggründen der Gesellschafter oder dem Zweck, den die Gesellschafter damit verfolgen, hergeleitet werden.

---

77) Vgl. OLG Nürnberg, NJW 1965, 1382; Staudinger-Keßler, § 7o9 Rz. 19; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 7o9 Rz. 28; Erman-Schulze-Wenk, § 7o9 Anm. 8.

78) Vgl. Erman-Westermann, § 138 Anm. 7; Soergel-Hefermehl, § 138 Rz. 27.

79) Vgl. dazu Westermann, Handbuch, I Rz. 279 m.w. Nachw.

8o) Vgl. Erman-Westermann, § 138 Anm. 6.

Würde man nun - wie das in der Literatur teilweise vertreten wird [81] - die zu § 195 Nr. 4 AktG entwickelten Grundsätze auch auf Personengesellschaften übertragen, so käme Nichtigkeit nach § 138 BGB aber nur in Betracht, wenn der Gesellschafterbeschluß "durch seinen Inhalt" gegen die guten Sitten verstößt. Bei Personengesellschaften ist eine solche Beschränkung jedoch nicht angebracht. Die Anwendung des § 138 BGB auf Hauptversammlungsbeschlüsse einer Aktiengesellschaft ist wegen der großen Publikumswirkung der Beschlüsse aus Rechtssicherheitsgründen eingeschränkt. Nur in für jedermann erkennbaren Fällen, nämlich dann, wenn sich die Sittenwidrigkeit aus dem Hauptversammlungsbeschluß selbst ergibt, ist der Beschluß nichtig, im übrigen allenfalls anfechtbar. Im Recht der Personengesellschaften ist dagegen die Institution der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen nicht vorgesehen. Möglich ist nur die Anfechtung der einzelnen Stimmabgabe nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 119, 123 BGB [82]. Demgemäß gelten auch hinsichtlich der Nichtigkeit nach § 138 BGB die allgemeinen Grundsätze. Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sind daher nicht nur Beschlüsse, die ihrem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstoßen, sondern auch Beschlüsse, bei denen der Sittenverstoß in der Art des Zustandekommens oder im Beweggrund oder im Zweck des Beschlusses liegt [83].

---

81) Vgl. Hueck, OHG, § 11 V 2 b.

82) Vgl. Baumbach-Duden, § 119 Anm. 3 D; RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 26; Westermann, Handbuch, I Rz. 278.

83) Vgl. RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 16.

Geht man im folgenden davon aus, daß § 138 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse bei Personenhandelsgesellschaften uneingeschränkt anwendbar ist, so kann daraus, daß ein Gesellschafterbeschluß die Belange des Treugebers verletzt, gleichwohl nur in seltenen Ausnahmefällen der Vorwurf der Sittenwidrigkeit hergeleitet werden.

Da die Sittenwidrigkeit des Beschlusses nur in der Pflichtverletzung des Treuhänders und der Ausnutzung der Pflichtverletzung durch die Mitgesellschafter zum Schaden des Treugebers liegen kann, muß die pflichtwidrige Stimmabgabe ursächlich für das Zustandekommen des Beschlusses geworden sein, denn andernfalls kann nicht von einer Ausnutzung der Pflichtverletzung durch die Mitgesellschafter gesprochen werden. Im übrigen ist folgendes zu beachten: Handelt es sich z.B. um eine Beschlußfassung über Geschäftsführungsmaßnahmen, stehen Vermögensinteressen des Treugebers nur mittelbar auf dem Spiel. Von einer Ausnutzung der Pflichtwidrigkeit des Treuhänders durch die Mitgesellschafter zu eigenem Vorteil kann dann kaum gesprochen werden. Die Hinnahme der Pflichtverletzung dürfte in solchen Fällen nicht schwerer wiegen als die Hinnahme von Vertragsverletzungen durch den Vertragspartner bei gewöhnlichen Verträgen, die nach allgemeiner Ansicht nicht zur Sittenwidrigkeit des Geschäfts führt [84]. Sittenwidrig kann der Beschluß deshalb nur sein, wenn besondere Umstände hinzukommen, z. B. wenn die Mitgesellschafter den Treuhänder überreden,

---

84) Vgl. oben, S. 90.

sich über die Weisungen des Treugebers hinwegzusetzen.

Anders ist es dagegen bei Beschlußfassungen über Änderungen des Gesellschaftsvertrags, durch die die Vermögensbelange des Treugebers unmittelbar berührt werden. In einem solchen Fall führt die Ausnutzung der Pflichtverletzung des Treuhänders durch die Mitgesellschafter zum Schaden des Treugebers - ähnlich wie bei einer treuwidrigen Verfügung des Treuhänders über den Gesellschaftsanteil - zur Sittenwidrigkeit des Beschlusses.

Der Treuhänder begeht in einem solchen Fall u.U. auch eine Untreue (§ 266 StGB). Läge eine Beihilfe der Gesellschafter zur Untreue vor -dadurch, daß die Gesellschafter mit dem Treuhänder nach einem gemeinsamen Plan zum Schaden des Treugebers zusammenwirken -, so ist der Beschluß nach den oben [85] dargelegten Grundsätzen auch nach § 134 BGB nichtig. Dazu folgendes Beispiel:

> Dem Treuhänder-Gesellschafter steht nach dem Gesellschaftsvertrag und dem Treuhandvertrag die Geschäftsführervergütung zu. Treuhänder und Gesellschafter beschließen, um den Treugeber um einen Teil der Beteiligungserträge zu bringen, eine außerordentlich erhöhte Geschäftsführervergütung.

---

85) S. 93 f.

Der Beschluß dürfte sowohl nach § 138 BGB als auch nach § 134 BGB nichtig sein. In einem solchen Fall kommt auch ein Schadensersatzanspruch des Treugebers gegen die Gesellschafter nach § 826 BGB und nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 266, 49 StGB in Betracht.

b) Anwendung der Mißbrauchslehre

Weitere Schranken für die Ausübung des Stimmrechts durch den Treuhänder ergeben sich aus dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs. Die für mißbräuchliche Verfügungen über den Gesellschaftsanteil entwickelten Grundsätze können dabei allerdings nur mit Einschränkungen herangezogen werden, weil die Interessenlage anders ist. Zweckmäßigerweise unterscheidet man zwischen Beschlußfassungen über die Änderung des Gesellschaftsvertrags und Beschlußfassungen über Geschäftsführungsmaßnahmen.

Bei Beschlußfassungen über Geschäftsführungsmaßnahmen ist die pflichtwidrige Ausübung des Stimmrechts durch den Treuhänder für den Treugeber nicht so folgenschwer, wie eine treuwidrige Verfügung über den Gesellschaftsanteil. Der Treugeber ist deshalb nicht so schutzbedürftig wie bei einer Veräußerung der Beteiligung. Auf der anderen Seite gehören Gesellschafterbeschlüsse über Geschäftsführungsmaßnahmen zum "Alltag" der Gesellschaft. Die Anwendung der Mißbrauchslehre könnte deshalb dazu führen, daß der Geschäftsablauf erschwert und gestört wird. Demgemäß ist die Anwendung der Mißbrauchslehre auf Beschlußfassungen über Geschäftsführungsmaßnahmen abzulehnen.

Der Geschäftsablauf wird dagegen nicht gestört, wenn die pflichtwidrige Stimmabgabe zwar wirksam ist, den Mitgesellschaftern jedoch die Möglichkeit gegeben wird, sie durch Zurückweisung unwirksam zu machen. Die rechtstechnische Konstruktion eines solchen Zurückweisungsrechts ist dem bürgerlichen Recht nicht fremd. So kann nach § 111 S. 2 BGB der Geschäftsgegner ein einseitiges Rechtsgeschäft (z.B. eine Kündigung), das der Minderjährige mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ihm gegenüber vornimmt, zurückweisen, wenn der Minderjährige die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vorlegt. Ebenso kann nach § 174 S. 1 BGB der Geschäftsgegner ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Bevollmächtigte ihm gegenüber vornimmt, zurückweisen, wenn der Bevollmächtigte nicht eine Vollmachtsurkunde vorlegt. In entsprechender Anwendung des § 174 BGB können die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft die Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger (§ 135 HGB) zurückweisen, wenn ihnen der Gläubiger auf ihr Verlangen nicht die Voraussetzungen der Kündigung nachweist [86].

Im Hinblick auf die pflichtwidrige Stimmabgabe durch den Treuhänder-Gesellschafter läßt sich ein Zurückweisungsrecht aus folgender Erwägung herleiten: Wenn die Mitgesellschafter die Treuhänderstellung gebilligt haben, bedeutet das nicht nur, daß die treuhänderische Bindung von ihnen sanktioniert ist, sondern sie können dem Treuhänder auch die Treuhänderstellung entgegenhalten. Das gilt nicht nur dann, wenn der Treuhänder

---

86) Vgl. Baumbach-Duden, § 135 Anm. 3.

im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich als Treuhänder-Gesellschafter bezeichnet ist, sondern auch, wenn die Treuhändereigenschaft nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen ist. Denn bei der offengelegten und von den Mitgesellschaftern gebilligten Treuhand besteht zwischen Treuhänder und Gesellschaftern Übereinkunft, daß die Gesellschafterstellung des Treuhänders nur formalrechtlicher Art ist. Die Berufung des Treuhänders darauf, daß ihm als Gesellschafter das Stimmrecht zusteht, wäre rechtsmißbräuchlich und deshalb nach § 242 BGB unbeachtlich. Die Mitgesellschafter können demgemäß die Stimmabgabe bei einer dem Treugeber gegenüber pflichtwidrigen Ausübung des Stimmrechts durch den Treuhänder zurückweisen.

Wenn die Mitgesellschafter durch Beteiligung am Treuhandvertrag dem Treugeber gegenüber vertragliche Pflichten übernommen haben [87], sind sie u.U. auch verpflichtet, die Stimmabgabe des Treuhänders zurückzuweisen [88]. Die Verpflichtung zur Zurückweisung der Stimmabgabe muß aber auf die Fälle begrenzt werden, in denen die Gesellschafter wissen, daß die Stimmabgabe pflichtwidrig ist. Denn die aus der Beteiligung am Treuhandvertrag folgende Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Treugebers kann nur so weit gehen, als das Interesse der Gesellschaft an einem ungestörten Geschäftsablauf nicht beeinträchtigt wird. Das ergibt sich auch aus folgendem Vergleich: Wenn der Treugeber Gesellschafter wäre, müßte er im Hinblick auf

---

87) Vgl. oben, S. 113.

88) Vgl. dazu Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 c.

Geschäftsführungsmaßnahmen seine eigenen Interessen hinter denen der Gesellschaft zurückstellen.

Verletzen die Gesellschafter ihre Pflicht zur Zurückweisung der - wie sie wissen - pflichtwidrigen Stimmabgabe des Treuhänders, so machen sie sich, sofern die pflichtwidrige Stimmabgabe ursächlich für das Zustandekommen des Beschlusses war, u.U. schadensersatzpflichtig. Eine Naturalrestitution (§ 249 S. 1 BGB), d.h. Rückgängigmachung des Beschlusses, dürfte jedoch, auch wenn sie möglich ist, nicht in Betracht kommen. Der Treugeber ist vielmehr - ebenso wie in dem Fall, in dem sich die Gesellschafter über das einem außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten eingeräumte Stimmrecht hinwegsetzen [89] - auf Schadensersatz in Geld angewiesen. Insoweit dürften der Einflußnahme eines außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten und damit auch der des Treugebers Schranken gesetzt sein.

Bei Beschlußfassungen über Änderungen des Gesellschaftsvertrags kommt dagegen die Anwendung der Mißbrauchslehre in Betracht. Beschlußfassungen über Änderungen des Gesellschaftsvertrags bedeuten den Abschluß eines Änderungsvertrags [90]. Da damit das Grundverhältnis der Gesellschafter untereinander und somit das Treugut unmittelbar berührt wird, werden die Interessen des

---

89) Zur Einräumung eines Stimmrechts an einen außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten vgl. oben, S. 112 und unten, S. 126 ff.

90) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 270.

Treugebers dadurch u.U. stark betroffen. So kann z.B. eine Änderung der Gewinnverteilung für den Treugeber ähnlich schwerwiegend sein wie eine Teilabtretung der Beteiligung. Überhaupt können die Grenzen zwischen der Änderung des Gesellschaftsvertrags und der Verfügung über den Gesellschaftsanteil fließend sein. So stellt z.B. eine in einer Änderung des Gesellschaftsvertrags enthaltene Neufestsetzung der Beteiligungsverhältnisse eine Teilabtretung des Gesellschaftsanteils dar [91]. Da auf der anderen Seite Beschlußfassungen über Änderungen des Gesellschaftsvertrags nicht zum "Alltag" der Gesellschaft gehören, sondern in der Regel relativ selten sind, stehen Praktikabilitätsgesichtspunkte der Anwendung der Mißbrauchslehre nicht entgegen. Demgemäß ist die Mißbrauchslehre - ebenso wie auf Verfügungen des Treuhänders über den Gesellschaftsanteil - auch auf die pflichtwidrige Stimmabgabe des Treuhänders bei Beschlußfassungen über Änderungen des Gesellschaftsvertrags anzuwenden. Das bedeutet, daß die pflichtwidrige Stimmabgabe dann unwirksam ist, wenn die Mitgesellschafter die Pflichtwidrigkeit kennen oder wenn die Pflichtwidrigkeit evident ist.

3. Vereinbarungen zum Schutze des Treugebers

Da die h.M. die Stimmabgabe des Treuhänders wohl generell für wirksam hält [92] und die Frage eines Zurückweisungsrechts - außer von Westermann [93] - bisher

---

91) Vgl. dazu den Sachverhalt von BGH, JuS 1968, 432 = NJW 1968, 1471.

92) Vgl. Baumbach-Duden, § 119 Anm. 2 G; RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 33.

93) Handbuch, I Rz. 113 1 c und Rz. 324.

noch nicht erörtert worden ist, sind Vereinbarungen zum Schutze des Treugebers wiederum von besonderer Bedeutung.

a) Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht an den Treugeber unter gleichzeitigem Verzicht des Treuhänders auf die Ausübung des Stimmrechts

Den besten Schutz vor einer pflichtwidrigen Stimmabgabe durch den Treuhänder würde die Abtretung des Stimmrechts an den Treugeber bieten. Wie aber bereits oben [94] dargelegt wurde, ist die Abtretung des Stimmrechts an den Treugeber nicht möglich. Eine solche Wirkung läßt sich auch nicht auf dem Wege über die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht an den Treugeber unter gleichzeitigem Verzicht des Treuhänders auf die Ausübung des Stimmrechts erreichen. In BGHZ 3, 354 (359) hat der BGH eine solche Konstruktion als Umgehung des Abtretungsverbots für unzulässig erklärt. Dem wird allgemein zugestimmt [95].

b) Entzug des Treuhänder-Stimmrechts und gleichzeitige Einräumung eines Stimmrechts an den Treugeber

Eine ähnliche Wirkung wie durch die Abtretung des Stimmrechts kann aber zulässigerweise auf anderem Wege erreicht werden: In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, daß ein stimmrechtsloser Anteil geschaffen und einem außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten ein dem stimmrechtslosen Anteil entspre-

---

94) S. 5/6.

95) Vgl. die oben, S. 6, Fn. 6 angegebenen Nachw.

chendes Stimmrecht eingeräumt werden kann [96]. Dem Treuhänder-Gesellschafter kann daher das Stimmrecht entzogen und dem Treugeber stattdessen ein entsprechendes Stimmrecht zu eigenem Recht gegeben werden. Auch bei einem stimmrechtslosen Anteil bleibt dem Gesellschafter aber - wie bereits oben [97] ausgeführt wurde - in einem "Kernbereich" [98] das Stimmrecht. Der BGH hat dazu in BGHZ 2o, 363 (369/37o) ausgeführt, der mögliche Ausschluß eines Kommanditisten von seinem Stimmrecht finde dort seine Grenze, wo Gesellschafterbeschlüsse infrage ständen, die in die Rechtsstellung dieses Kommanditisten eingriffen, indem sie z.B. seine Beteiligung als Kommanditist oder seine Haftsumme durch eine Neufassung des Gesellschaftsvertrags änderten oder seine Gewinnbeteiligung oder die Höhe seines Auseinandersetzungsguthabens schmälerten. Damit soll einer zu großen Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Gesellschafters vorgebeugt werden [99].

---

96) Vgl. BGHZ 14, 264, 269 (für die GmbH); BGHZ 2o, 363 ff. (für die KG); ob auch die Beteiligung an einer OHG stimmrechtslos gestaltet werden kann, ist in BGHZ 2o, 363 (367) allerdings offengelassen worden; im Schrifttum neigt man aber auch zur Zulässigkeit einer stimmrechtslosen OHG-Beteiligung, vgl. Baumbach-Duden, § 119 Anm. 2 D; RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 23; Hueck, OHG, § 11 III 1; Westermann, Handbuch, I Rz. 323; Spengler, S. 165 (17o) m.w.Nachw. in Fn. 4. Zur Einräumung eines Stimmrechts an einen außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten vgl. die Nachw. oben, S. 112, Fn. 7o.

97) S. 54.

98) Erman, S.277 ff.

99) Vgl. BGH, a.a.O., S. 369.

Auch der Treuhänder ist insoweit schutzwürdig: Da er persönlich für Einlagepflichten haftet, muß er auch vor einer Erhöhung der Einlagen gegen seinen Willen geschützt werden. Der Gesellschaftsanteil bedeutet außerdem eine Sicherung seiner Regreßansprüche gegen den Treugeber. Daraus kann u.U. ein Interesse an der Erhaltung der Gewinnbeteiligung oder der Höhe des Auseinandersetzungsguthabens folgen. Das Stimmrecht des Dritten ist andererseits - wie bereits oben [100] dargelegt wurde - nicht mit dem mitgliedschaftlichen Stimmrecht identisch, sondern hat nur schuldrechtliche Bedeutung. Es kann dem Dritten auch jederzeit aus wichtigem Grund entzogen werden [101]. Diese Grundsätze gelten auch für ein dem Treugeber eingeräumtes Stimmrecht. Der Treugeber kann deshalb kein vollwertiges Stimmrecht erhalten.

c) Erteilung einer "einfachen" Stimmrechtsvollmacht an den Treugeber

In der gesellschaftsrechtlichen Strohmann-Praxis, bei der die Ausübung des Stimmrechts durch den Treugeber vor allem in Betracht kommt, begnügt man sich meist damit, daß dem Treugeber mit Zustimmung der Mitgesellschafter eine "einfache" Stimmrechtsvollmacht erteilt wird. Zusätzlich kann mit den Gesellschaftern vereinbart werden, daß der Treugeber zu allen Gesellschafterversammlungen zu laden ist. Die Gefahr, daß der Treuhänder dann noch von seinem Stimmrecht Gebrauch macht, dürfte nicht groß sein und kann daher in Kauf genommen werden. Ob die Stimmrechtsvollmacht auch unwiderruflich gestaltet werden kann, ist fraglich. Der BGH hat jeden-

---

100) S. 112.

101) Vgl. RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 24.

falls in einer neueren Entscheidung [1o2)] die Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht und die damit verbundene schuldrechtliche Verpflichtung des Gesellschafters, gegen den Willen des Bevollmächtigten von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch zu machen, wegen Umgehung des Abspaltungsverbots für unwirksam erklärt. Da jeder Treuhandvertrag eine solche schuldrechtliche Verpflichtung enthält, empfiehlt es sich für die Praxis nicht, die Stimmrechtsvollmacht des Treugebers unwiderruflich auszugestalten.

§ 11 Konkurs des Treuhänders und Zwangsvollstreckung in den Gesellschaftsanteil

Da der Gesellschaftsanteil rechtlich zum Vermögen des Treuhänders gehört, besteht die Gefahr, daß die in der Beteiligung enthaltenen Vermögenswerte den Gläubigern des Treuhänders im Wege des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung zufließen.

I. Konkurs des Treuhänders

1. Ausscheiden des Treuhänders aus der Gesellschaft

Nach § 131 Nr. 5 HGB wird die OHG aufgelöst, wenn über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet wird. Die anderen Gesellschafter können aber beschließen, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen soll (§ 141 Abs. 2 HGB). Eine solche Regelung kann der Gesellschaftsvertrag auch generell vorsehen. Der Gesellschafter, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet wird, scheidet somit in jedem Fall aus der Gesellschaft aus. In die Konkursmasse fällt entweder das Auseinandersetzungsguthaben oder der Abfindungsanspruch.

1o2) NJW 197o, 468.

Mangels abweichender Vorschriften in den §§ 161 ff. HGB gilt das gleiche für die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kommanditisten.

Da der Treuhänder Gesellschafter ist, greifen diese Rechtsfolgen auch im Falle des Treuhänder-Konkurses ein. Mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Treuhänders tritt somit an die Stelle des ursprünglichen Treuguts der Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruch [103].

2. Aussonderungsrecht des Treugebers am Abfindungs- und Auseinandersetzungsguthaben

Nach ständiger Rechtsprechung steht dem Treugeber bei der Zwangsvollstreckung in das Treugut die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) und im Konkurs des Treuhänders ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) zu [104]. Das ist auch in der Literatur heute allgemein anerkannt [105]. Es fragt sich deshalb, ob auch der Treugeber des Treuhänder-Gesellschafters das Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben aus der Konkursmasse aussondern kann.

---

103) Der Treugeber verliert damit seine "mittelbare Beteiligung". Ob diese Konsequenz umgangen werden kann, wird noch unten, S. 146 ff. erörtert.

104) Vgl. RGZ 45, 80 (84); 79, 121 (122); 84, 214 (215); 91, 12 (14); 94, 305 (307); 127, 8 (9); 133, 84 (87); 153, 366 (369); BGHZ 11, 37 (41); BGH,NJW 1959, 1223 (1224).

105) Vgl. Erman-Böhle-Stamschräder, vor § 164 Anm.2 b; Palandt-Degenhart, vor § 929 Anm. 7 B b aa; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, vor § 164 Rz. 82; Westermann, Sachenrecht, § 43 IV 2; Jaeger-Lent, § 43 Rz. 41; Mentzel-Kuhn, § 1 Rz. 89; im älteren Schrifttum dagegen a.A. v.Tuhr, § 77 IV, V.

a) Einschränkungen des Aussonderungsrechts durch das Unmittelbarkeitsprinzip und das Surrogationsverbot

Der vollstreckungs- und konkursrechtliche Treuhandbegriff der h.M. ist jedoch - wie bereits im ersten Teil ausgeführt wurde [106] - enger als der der Arbeit zugrunde liegende Treuhandbegriff. Treugut im vollstreckungs- und konkursrechtlichen Sinne sind nach h.M. nur Gegenstände, die der Treugeber dem Treuhänder unmittelbar aus seinem Vermögen zu treuen Händen übereignet hat (Unmittelbarkeitsprinzip). In strenger Durchführung des Unmittelbarkeitsprinzips sieht die Rechtsprechung auch das, was im Wege der Surrogation [107] an die Stelle des ursprünglichen Treuguts tritt oder zum Treugut hinzukommt, nicht als Treugut im vollstreckungs- und konkursrechtlichen Sinne an (Surrogationsverbot) [108].

b) Bedeutungslosigkeit des Surrogationsverbots im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Surrogate

Es wäre nun allerdings ein abwegiger Formalismus, wollte man aus dem Surrogationsverbot die Konsequenz ziehen, daß der Treugeber das Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben nicht aussondern kann, weil es sich insoweit um ein Surrogat handelt, das an die Stelle des Mitgliedschaftsrechts getreten ist. Das

---

106) Vgl. oben, S. 6/7.

107) D.h. als Ersatz für beschädigtes oder zerstörtes Treugut oder aufgrund eines zum Treugut gehörenden Rechts.

108) So vor allem RGZ 94, 305 (308); 153, 366 (370).

Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben ist das geldwerte Substrat des Mitgliedschaftsrechts und deshalb für das Vollstreckungs- und Konkursrecht mit ihm identisch. Auch wenn sich die Substanz der Beteiligung durch Kapitalerhöhungen im Laufe einer längeren treuhänderischen Verwaltung verändert hat, kann das Surrogationsverbot einem Aussonderungsrecht des Treugebers nicht entgegenstehen. Das Surrogationsverbot paßt nicht für "dynamische Treugüter" wie Gesellschaftsbeteiligungen. So wäre es z.B. auch schlechthin unverständlich, wenn Bezugsrechte aus Aktien, die einem Treuhänder zur Verwaltung übertragen sind, nicht zum aussonderungsfähigen Treugut gehörten [109]. Das Surrogationsverbot soll lediglich die leichte Unterscheidbarkeit von Treugut und Privatvermögen des Treuhänders ermöglichen. Diese ist aber durch die Einheitlichkeit der Beteiligung gewährleistet. Darauf, ob das Surrogationsverbot überhaupt gerechtfertigt ist, braucht deshalb nicht eingegangen zu werden [110].

c) Überprüfung des Unmittelbarkeitsprinzips

Problematisch ist jedoch, ob der Treugeber - entsprechend den Grundsätzen der h.M. - das Abfindungs- oder

---

109) Kötz, Trust und Treuhand, S. 137.

110) Gegen das Surrogationsverbot Assfalg, S. 180; Huber, Die Rechtsstellung des Treugebers, S. 399 (418); Kötz, Trust und Treuhand, S. 136 ff.; Siebert (S. 185) rechnet das, was aufgrund eines zum Sondervermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung erworben wird, zum Treugut im vollstrekkungs- und konkursrechtlichen Sinne, ebenso Palandt-Degenhart, Einf. vor § 929 Anm. 7 E.

Auseinandersetzungsguthaben nur aussondern kann, wenn er früher selbst Gesellschafter war und die Beteiligung dem Treuhänder zu treuen Händen übertragen hat. In der neueren Literatur mehren sich die Stimmen, die für die Aufgabe des Unmittelbarkeitsprinzips plädieren [111]. Da sich insoweit gegenüber anderen Treuhandfällen keine wesentlichen Unterschiede daraus ergeben, daß das Treugut in einer Gesellschaftsbeteiligung besteht, muß zunächst allgemein auf die Berechtigung des Unmittelbarkeitsprinzips eingegangen werden.

aa) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsprinzips aus materiellen Erwägungen ?

Das RG hat das Aussonderungsrecht des Treugebers damit begründet, daß ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner zwar zum Eigentum übergeben worden sei, jedoch mit der Abmachung, daß derselbe gleichwohl von ihm nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, sondern wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des früheren Eigentümers bleiben solle, dem Gemeinschuldner zwar "formell und juristisch" gehöre, "aber nicht materiell und wirtschaftlich" [112]. Da die scharfe begriffliche Trennung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten auch im Vollstreckungs- und Konkursrecht durchgeführt wird, ist die Zuerkennung des Aussonderungsrechts an sich systemwidrig [113]. Die Rechtsprechung des RG ist deshalb "das Ergebnis einer Billigkeitsabwägung" [114]: Der Treu-

111) So Assfalg, S. 167 ff.; Kötz, Trust und Treuhand, S. 132; Palandt-Degenhart, vor § 929 Anm. 7 D; Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1962, 41 (48 ff.); Thomas, NJW 1968, 1705 ff.; Wolff, Diss., S. 40 ff.

112) RGZ 45, 80 (85); ähnlich RGZ 91, 12 (16); 127, 8 (9); 133, 84 (87).

113) Vgl. dazu Kötz, Trust und Treuhand, S. 128 und Huber, Die Rechtsstellung des Treugebers, S. 399 (402).

114) Siebert, S. 197.

geber muß als "wirtschaftlich Berechtigter" geschützt werden. Die Gläubiger des Treuhänders sind dagegen nicht schutzwürdig, weil sie nur Anspruch auf das haben, was ihrem Schuldner auch wirtschaftlich zusteht. Im Hinblick auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Treuguts zum Vermögen des Treugebers macht es aber keinen Unterschied, ob der Gegenstand unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers oder aus dem Vermögen eines Dritten stammt. Die Zurechnung zum Vermögen des Treugebers folgt allein aus der Treuhandabrede [115].

Da das Unmittelbarkeitsprinzip somit von der materiellen Interessenlage her nicht gerechtfertigt ist, fragt es sich, ob ihm eine so wichtige formale Bedeutung zukommt, daß im Einzelfall auch unbillige Ergebnisse in Kauf genommen werden müssen.

bb) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsprinzips aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ?

Das Aussonderungsrecht kann sich nur auf bestimmte Gegenstände im Vermögen des Gemeinschuldners beziehen. Das Unmittelbarkeitsprinzip hat deshalb die Funktion, eine genaue Bestimmung dessen, was aussonderungsfähiges Treugut ist, zu ermöglichen. Zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes bedarf es aber nicht eines so starren Prinzips, sondern es reicht aus, daß die Treugutsgegenstände durch den Treuhandvertrag "konkret und bestimmt" bezeichnet [116] und vom Privatvermögen des Treuhänders getrennt verwaltet werden, um Vermischungsprobleme zu vermeiden.

---

115) So schon Emmerich, S. 160 und Nord, S. 29 (Zitate bei Assfalg, S. 168).

116) Thomas, NJW 1968, 1705 (1709).

cc) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsprinzips aus Publizitätsgesichtspunkten ?

Vor allem Siebert hat betont, das Unmittelbarkeitsprinzip sei Ausdruck des Publizitätsprinzips. Würde man das Aussonderungsrecht des Treugebers auch auf solche Gegenstände ausdehnen, die der Treuhänder im Auftrag des Treugebers von Dritten erworben habe, so würde die Undurchsichtigkeit dinglicher Berechtigungen in solchem Maße gesteigert und ihre Herbeiführung so weitgehend erleichtert werden, daß dadurch die allgemeine Verkehrssicherheit und namentlich die Kreditsicherheit in unerträglichem Maße gefährdet würden. So rechtfertige sich das Unmittelbarkeitsprinzip letzten Endes durch das Publizitätsprinzip, dessen weitere Einschränkung verhütet werden müsse [117].

Das Publizitätsprinzip gehört nun zwar zu den wichtigsten Ordnungsprinzipien des Sachenrechts [118]. Es hat vor allem zu einer besonderen Ausgestaltung der Verfügungsgeschäfte geführt [119]. Zu Recht weist Assfalg aber darauf hin, daß ein Schutz des guten Glaubens an die Kreditwürdigkeit des Schuldners,

---

117) Siebert, S. 194; ähnlich RGZ 84, 214 (216).

118) Vgl. dazu Westermann, Sachenrecht, § 3 I 2: "Da die Zuordnung absolut wirkt, sich auf ihr wirtschaftliche und andere Entscheidungen aufbauen (man denke an Kreditgewährungen aller Art), besteht ein erhebliches Interesse daran, die Zugehörigkeit der Vermögensgegenstände auch für die Personen erkennbar zu machen, die sie gegen sich gelten lassen müssen. Das Sachenrecht strebt daher nach Offenkundigkeit."

119) Westermann, a.a.O.

der durch eine allzu weite vollstreckungs- und konkursrechtliche Anerkennung von Treuhandverhältnissen vielleicht gefährdet werden könnte, im Gesetz nirgendwo anerkannt sei. Nicht einmal die §§ 892, 893 BGB würden einen Gläubiger schützen, der im Vertrauen auf die Richtigkeit der Grundbucheintragung dem Schuldner Kredit gewährt habe. Ein solcher Schutz sei auch nicht erforderlich. Es habe jeder die Möglichkeit, sich von seinem Schuldner eine Sicherheit geben zu lassen. Ebenso wie ein Gläubiger damit rechnen müsse, daß Gegenstände, die er für Eigentum des Schuldners halte, in Wirklichkeit gemietet oder gepachtet oder dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden seien, müsse er auch die Möglichkeit in Betracht ziehen, daß der Schuldner nur treuhänderischer Eigentümer sei [120]. Angesichts der verbreiteten Praxis der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts ist heute jeder Kreditgeber zur Nachprüfung genötigt [121]. Im übrigen würden sich die von Siebert geltend gemachten Bedenken auch gegen Treugut richten, das unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers stammt [122]. Denn im Hinblick auf die Offenkundigkeit des Treuhandverhältnisses macht es keinen Unterschied, ob der Treuhänder das Treugut vom Treugeber oder von einem Dritten erhalten hat. Wie abwegig es wäre, dem Unmittelbar-

---

120) Assfalg, S. 175; ebenso Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1962, 41 (49).

121) Palandt-Degenhart, vor § 929 Anm. 7 D; ähnlich Kötz, Trust und Treuhand, S. 133.

122) Assfalg, a.a.O.; Kötz, a.a.O.; Palandt-Degenhart, a.a.O.

keitsprinzip im Hinblick auf die Tatsache der treuhänderischen Rechtsträgerschaft Publizitätsfunktion zuzuschreiben, zeigt insbesondere folgendes Beispiel: Dem Unmittelbarkeitsprinzip als formalem Kriterium würde genügt, wenn das Treugut zunächst auf den Treuhänder übertragen wird. Bei beweglichen Sachen könnte die Besitzverschaffung bei der Übertragung auf den Treugeber durch antezipiertes Besitzkonstitut und bei der Rückübertragung auf den Treuhänder durch brevi manu traditio ersetzt werden. Das Treugut bewegt sich auf diese Weise nicht von der Stelle [123]. Kötz [124] bemerkt dazu, obwohl die publizitätserhebliche Tatsache, nämlich der Besitz des Treuhänders, unverändert bleibe, werde im Namen des Publizitätsprinzips gefordert, daß erst nach zwei dinglichen Einigungen, die in der Außenwelt eine erkennbare Spur nicht hinterließen, eine Treugutaussonderung gestattet werden könne. Die Publizität müßte sich auf die Tatsache der treuhänderischen Rechtsträgerschaft beziehen. Die Offenlegung der treuhänderischen Rechtsträgerschaft kann aber nur durch Offenlegung der Treuhandabrede geschehen [125].

Auch aus dem Publizitätsprinzip läßt sich das Unmittelbarkeitsprinzip somit nicht rechtfertigen.

---

123) Das Beispiel wird von Kötz, a.a.O., und Palandt-Degenhart, a.a.O. angeführt.

124) A.a.O.

125) Selbst Beweisfunktion dürfte dem Unmittelbarkeitsprinzip im Hinblick auf das Treuhandverhältnis - entgegen der Auffassung von Wolff (Diss., S. 47) - kaum zukommen. Denn damit, daß der Gegenstand aus dem Vermögen des Treugebers stammt, läßt sich das Treuhandverhältnis nicht beweisen.

dd) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsprinzips aus dem Gesichtspunkt der Abgrenzung zur mittelbaren Stellvertretung ?

Das RG hat zur Begründung des Unmittelbarkeitsprinzips die Abgrenzung zur mittelbaren Stellvertretung in den Vordergrund gestellt. In der grundlegenden Entscheidung RGZ 84, 214 ff. führt der erkennende Senat aus:

> "Der Begriff des Treuhandverhältnisses würde ... völlig ins Unbestimmte zerfließen, wenn man dabei vom Erfordernisse des 'Anvertrauens zu treuen Händen' ganz absehen und ein solches Verhältnis überall schon da als vorhanden ansehen wollte, wo jemand im Auftrage eines anderen für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen handelt." 126)

Im Konkurs des mittelbaren Stellvertreters steht dem Hintermann nach fest einhelliger Meinung kein Aussonderungsrecht zu [127]. Wirtschaftlich gehört zwar auch das, was der mittelbare Stellvertreter erwirbt, zum Vermögen des Hintermanns, wenn es mit dessen Mitteln erworben worden ist. Der Hintermann ist aber nicht schutzwürdig, weil er sich eines offenen Stellvertreters bedienen kann. Die mittelbare Stellvertretung hat auch häufig Verbergungsfunktion, die zu fördern die Rechtsordnung keine Veranlassung hat [128].

---

126) RG, a.a.O., S. 217/218; vgl. ferner RGZ 91, 12 (16); 127, 341 (344).

127) Vgl. insbesondere RG, Gruchot 54, 623 (626); RG, JW 1914, 866 (867); RG, LZ 1915, 1022 (1023); vgl. ferner Soergel-Schultze-v.Lasaulx, vor § 164 Rz. 55 m.w.Nachw.; a.A. Schless, S. 47 ff.

128) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, vor § 164 Rz. 48.

Die Argumentation des RG, wonach das Unmittelbarkeitsprinzip als Abgrenzungskriterium gegenüber der mittelbaren Stellvertretung erforderlich sei, ist aber nur dann überzeugend, wenn sich ohne das Unmittelbarkeitsprinzip Treuhand und mittelbare Stellvertretung nicht sinnvoll voneinander abgrenzen lassen.

Das Unmittelbarkeitsprinzip bedeutet, daß für die Unterscheidung zwischen mittelbarer Stellvertretung und Treuhand ausschließlich auf den Erwerbsvorgang abgestellt wird: Erwirbt jemand einen Gegenstand im Auftrag und für Rechnung eines Dritten, ist er mittelbarer Stellvertreter, gleichgültig, ob er den Gegenstand für seinen Auftraggeber zu treuen Händen verwalten oder sofort an ihn weiterleiten soll; Treuhänder im vollstreckungs- und konkursrechtlichen Sinne ist nur derjenige, dem ein Gegenstand zu treuen Händen übertragen worden ist.

Kötz [129] weist demgegenüber darauf hin, daß gerade umgekehrt zu verfahren sei: Erst müsse festgestellt werden, ob der Handelnde bei dem Erwerb eines Gegenstandes als Treuhänder oder als mittelbarer Stellvertreter tätig geworden sei, und danach bestimme sich, ob der Hintermann in bezug auf den erworbenen Gegenstand die Stellung eines Treugebers habe und damit nach den allgemeinen Grundsätzen aussondern könne, oder ob er Auftraggeber im Rahmen mittelbarer Stellvertretung sei und deshalb auf eine Konkursforderung beschränkt bleibe. Kötz unterscheidet nicht nach formalen, sondern nach materiellen Kriterien und stellt die verschiedene Funktion beider Institute, Erwerbsfunktion und Verwaltungsfunktion, in den Vordergrund: Bei einem Treuhandverhältnis sei im Unter-

---

129) Trust und Treuhand, S. 134.

schied zur mittelbaren Stellvertretung jemand deshalb Eigentümer einer Sache oder Inhaber eines Rechts geworden, weil er diese Vermögensgegenstände für eine längere Zeitdauer im Interesse und für Rechnung des Treugebers verwalten solle. Die einem Treuhandverhältnis zugrunde liegende Vereinbarung begründe grundsätzlich ein auf eine gewisse Dauer angelegtes Schuldverhältnis, das dem Treuhänder in der Regel das Recht gebe, die zum Treugut gehörenden Gegenstände für die Dauer des Treuhandverhältnisses zu besitzen. Der Treugeber habe deshalb erst dann einen Anspruch auf Herausgabe des Treuguts, wenn das Treuhandverhältnis durch Kündigung oder Widerruf oder durch den Eintritt einer Bedingung aufgelöst sei. Der mittelbaren Stellvertretung liege demgegenüber eine solche Verwaltungsfunktion nicht zugrunde. Man fasse unter diesem Begriff die Fälle zusammen, in denen jemand zwar ebenfalls im eigenen Namen tätig werde, jedoch nur mit der Absicht, die zunächst in der eigenen Person entstandenen Rechte alsbald durch weitere Rechtsakte auf einen anderen zu übertragen. Die mittelbare Stellvertretung beruhe demnach typischerweise auf einem Schuldverhältnis, kraft dessen der im eigenen Namen Handelnde von vornherein nur "Durchgangserwerber" sein solle.

Die Unterscheidung von Kötz ist zwar zutreffend. Denn die Gründe, die gegen ein Aussonderungsrecht des Hintermanns bei der mittelbaren Stellvertretung sprechen, nämlich daß der Hintermann nicht schutzwürdig ist, weil er sich ja eines unmittelbaren Stellvertreters bedienen kann, treffen dann nicht zu, wenn die Rechtszuständigkeit des Beauftragten auf Dauer begründet werden soll. Materiell besteht auch - wie bereits oben ausge-

führt wurde [130] - kein Unterschied zwischen einem Treuhandverhältnis, bei dem das Treugut unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers stammt, und einem Treuhandverhältnis, bei dem das Treugut erst von einem Dritten erworben worden ist. Kötz übersieht aber, daß im Einzelfall oft schwer zu entscheiden sein wird, ob die Einschaltung des "Vormanns" nur Erwerbsfunktion oder auch Verwaltungsfunktion hat. Die Abgrenzung des RG hat deshalb gegenüber der von Kötz vorgeschlagenen Abgrenzung den Vorteil, daß sie den Anforderungen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit besser gerecht wird.

ee) Lösungsvorschlag für die Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften

Somit ergibt sich: Die Beschränkung des Aussonderungsrechts auf Treugut, das unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers stammt, ist zwar materiell nicht gerechtfertigt. Ein Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip ist aber nicht unbedenklich, weil dadurch in der Praxis die Unterscheidung zwischen mittelbarer Stellvertretung und Treuhand verwischt werden könnte. Da das Unmittelbarkeitsprinzip als materielles Kriterium nicht gerechtfertigt ist, fragt es sich jedoch, ob es nicht durch andere Kriterien, die der materiellen Interessenlage besser gerecht werden, ersetzt werden kann.

Die vorstehenden Erörterungen haben gezeigt, daß sich dazu zwei allgemeine Ordnungsprinzipien anbieten: Der Bestimmtheitsgrundsatz und der Offenheitsgrundsatz. Teilweise wollen diejenigen, die für eine Auf-

---

130) S. 133/134.

gabe des Unmittelbarkeitsprinzips plädieren [131], die Treugutaussonderung bis zur "Bestimmtheitsgrenze" [132] zulassen [133]. Thomas [134] stellt dagegen auf beide Kriterien ab und verlangt, daß der Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt und die treuhänderische Rechtsträgerschaft offenkundig sei.

Dem Vorschlag von Thomas ist der Vorzug zu geben. Gegen die Zulassung der Treugutaussonderung bis zur "Bestimmtheitsgrenze" sprechen einmal die Schwierigkeiten, die sich dann in der Praxis bei der Abgrenzung zur mittelbaren Stellvertretung ergeben. Wenn man dagegen mit Thomas die Offenkundigkeit der Treuhandabrede verlangt, so steht die Schwierigkeit der Abgrenzung zur mittelbaren Stellvertretung nicht entgegen. Denn wie aus § 392 Abs. 2 HGB gefolgert werden kann, ist auch bei der mittelbaren Stellvertretung die Zubilligung des Aussonderungsrechts gerechtfertigt, wenn das Handeln für fremde Rechnung offenkundig ist [135].

---

131) Vgl. die Nachw. oben, S. 133, Fn. 111.

132) Assfalg, S. 178.

133) So Assfalg, a.a.O.; Kötz, Trust und Treuhand, S. 136; Wolff, Diss., S. 41 ff.

134) NJW 1968, 1705 (1709); vgl. ferner Fromm-Goldberg, § 68 Anm. 6 (Zitat bei Thomas, a.a.O.): Das Publizitätsprinzip ersetze das Unmittelbarkeitsprinzip.

135) Nach § 392 Abs. 2 HGB werden die vom Kommissionär im Rahmen des Kommissionsgeschäfts erworbenen Rechte im Verhältnis zu den Gläubigern des Kommissionärs dem Kommittenten zugerechnet. Dem Kommittenten steht damit kraft Gesetzes ein Aussonderungsrecht zu. Grund für diese gesetzliche Regelung ist, daß die Gläubiger des Kommissionärs - im Gegensatz zu anderen Fällen der mittelbaren Stellvertretung - damit rechnen müssen, daß Forderungen des Kommissionärs dem Kommittenten zustehen (vgl.RGZ 84, 214, 216).

Zum anderen entspringt das Festhalten der Rechtsprechung am Unmittelbarkeitsprinzip letzten Endes nur dem Wunsch nach äußerer Erkennbarkeit des Treuhandverhältnisses [136]. Die Offenkundigkeit der Treuhandabrede als Voraussetzung des Aussonderungsrechts hat die Rechtsprechung nur deshalb nicht verlangt, weil die generelle Offenlegung der Treuhandabrede in den meisten Treuhandfällen nicht möglich ist. Somit blieb nur der Weg, das Aussonderungsrecht durch das Unmittelbarkeitsprinzip eng zu begrenzen. Konsequenterweise hat der BGH das Unmittelbarkeitsprinzip in zwei Fällen durchbrochen, in denen die treuhänderische Rechtsträgerschaft offenkundig war: In dem einen Fall [137] handelte es sich um ein Anderkonto [138], im anderen Fall [139] um das für einen Verein gesondert geführte Postscheckkonto eines Vereinskassierers. In beiden Fällen hat der BGH das Aussonderungsrecht ohne Rücksicht darauf, von wem die Einzahlungen auf das Konto stammten, bejaht. Diese Rechtsprechung deutet darauf hin, daß auch der BGH den Ersatz des Unmittelbarkeitsprinzips durch den Bestimmtheitsgrundsatz und den Offenkundigkeitsgrundsatz für zulässig hält.

Bei Personenhandelsgesellschaften ließe sich die generelle Offenkundigkeit der treuhänderischen Rechtsträgerschaft durch Eintragung der Treuhändereigenschaft

---

136) Vgl. Schuler, JuS 1962, 5o (52).

137) BGHZ 11, 37 ff.

138) Vgl. dazu die Geschäftsbedingungen der Banken für Anderkonten, abgedruckt bei Baumbach-Duden, Anh. III nach § 4o6.

139) BGH, NJW 1959, 1223.

im Handelsregister erreichen. Dem steht zwar - wie bereits oben [140] dargelegt wurde - entgegen, daß die h.M. die Eintragung eines Treuhändervermerks ins Handelsregister für unzulässig hält. Kuhn [141] hat demgemäß für den Strohmann-GmbH-Gesellschafter resignierend ausgeführt:

> "An dieser Stelle zeigen sich die Schranken, die dem Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip gesetzt sind: Kann die Funktion des Treuhänders nicht in der gehörigen Form offengelegt werden, so bleibt die Treuhand durch das Unmittelbarkeitsprinzip begrenzt. Die Strohmannfunktion ist nicht ins Handelsregister eintragbar; es ist auch nicht zu sehen, wie sie sonst verlautbart werden sollte. Darum scheidet wie in den anderen, vergleichbaren Fällen der mittelbaren Stellvertretung die Möglichkeit aus, dem Hintermann eine Treuhand (d.h. ein Aussonderungsrecht) [142] an den vom Strohmann erworbenen Mitgliedschaftsrechten zuzubilligen."

Wie aber bereits oben unter Hinweis auf Baur ausgeführt wurde [143], sollten formale Gesichtspunkte sachgerechte, materiellrechtlich fundierte Lösungen nicht verhindern dürfen. Da das Bedürfnis besteht, den Schutz des Treugebers im Konkurs des Treuhänders nicht durch das in materieller Hinsicht willkürliche Unmittelbarkeitsprinzip zu begrenzen und bei der

---

140) S. 11 und S.108.

141) S. 112.

142) Ergänzung vom Verfasser.

143) Vgl. oben, S. 108.

Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften eine sachgerechte Lösung durch Eintragung eines Treuhändervermerks ins Handelsregister erreicht werden kann, müssen die registerrechtlichen Bedenken den materiellrechtlichen Bedürfnissen weichen.

Somit ergibt sich: Der Treugeber kann im Konkurs des Treuhänder-Gesellschafters den Auseinandersetzungs- oder Abfindungsanspruch aussondern, wenn er selbst ursprünglich Gesellschafter war und die Beteiligung dem Treuhänder zu treuen Händen übertragen hat oder - unabhängig von der Art der Treugutbegründung -, wenn die treuhänderische Rechtsträgerschaft im Handelsregister publik gemacht ist.

2. Vorausabtretung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs an den Treugeber

Die oben erörterte Problematik läßt sich umgehen, wenn der Treuhänder dem Treugeber den Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruch im voraus abtritt. Das kann gleich nach der Gesellschaftsgründung oder nach der Aufnahme des Treuhänders in die Gesellschaft geschehen. Daß im Zeitpunkt der Abtretung noch gänzlich ungewiß ist, wann der Anspruch fällig wird, steht dem nicht entgegen [144]. Die Vermögenssubstanz der Beteiligung ist damit dem Zugriff der Gläubiger des Treuhänders entzogen. Die konkursrechtliche [145] oder außerkonkursrechtliche Anfechtung [146] der Abtretung scheidet aus, weil dem Treugeber der Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruch aufgrund des Treuhandverhältnisses zusteht.

---

144) Zur Abtretung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs als Sicherungsgegenstand vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 332; ferner Waltraut Müller, Diss., S. 106.

145) Nach § 29 KO.

146) Nach dem AnfechtungsG.

3. Auswechslung des Treuhänders

Soweit der Abfindungsanspruch dem Treugeber zusteht - sei es, daß er ihm im voraus abgetreten ist, sei es, daß er ihn aus der Konkursmasse aussondern kann -, ist auch die Auswechslung des Treuhänders aufgrund eines zwischen dem Treugeber und den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Auswechslungsrechts möglich [147]. Das Auswechslungsrecht besteht darin, daß sich die Gesellschafter verpflichten, einen vom Treugeber "präsentierten" neuen Treuhänder in die Gesellschaft aufzunehmen, wenn der bisherige Treuhänder wegen Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen aus der Gesellschaft ausscheidet.

Daß auch außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten durch den Gesellschaftsvertrag im Rahmen der Gesellschaft Rechte eingeräumt werden können, ist bereits mehrfach dargelegt worden. Konstruktiv handelt es sich bei der Auswechslung des Treuhänders nicht um eine Übertragung der Gesellschafterstellung auf den neuen Treuhänder, sondern um den Neueintritt eines Gesellschafters [148]. Der neue Treuhänder wird zwar praktisch, nicht aber rechtstechnisch Rechtsnachfolger des bisherigen Treuhänders. Denn der Konkurs führt - wie oben gezeigt wurde - zum Ausscheiden des bisherigen Treuhänders aus der Gesellschaft mit der Folge, daß sein Abfindungsanspruch in die Konkursmasse oder, wenn dieser im voraus abgetreten ist, an den Treugeber fällt. Eine echte Übertragung der Gesellschafterstellung auf

---

147) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 e.

148) Das Auswechslungsrecht besteht in einer "Eintrittsklausel" zugunsten eines vom Treugeber "präsentierten" neuen Treuhänders. Vgl. zur "Eintrittsklausel" Westermann, Handbuch, I Rz. 545 ff.

den neuen Treuhänder ist nicht möglich. Darin liegt zugleich eine konstruktive Schwierigkeit. Da der neue Treuhänder nicht Rechtsnachfolger des bisherigen Treuhänders ist, kann er auch nicht automatisch dessen Kapitalanteil erhalten. Der Treugeber muß den Abfindungsanspruch vielmehr aus der Konkursmasse aussondern - soweit das erforderlich ist - und an den neuen Treuhänder abtreten. Abfindungsanspruch und Kapitalanteil sind zwar nicht identisch. Denn der Abfindungsanspruch bemißt sich nach der gesellschaftsvertraglichen Abfindungsregelung und mangels einer solchen Regelung nach dem "wahren Wert des Gesellschaftsvermögens" [149]. Da der neue Treuhänder aber aufgrund des Auswechslungsrechts die Rechtsstellung des bisherigen Treuhänders erhalten soll, wird mit der Aufnahme des neuen Treuhänders in die Gesellschaft der Abfindungsanspruch in den alten Kapitalanteil zurückverwandelt [150]. Der neue Treuhänder erhält die gleiche Rechtsstellung wie der ausgeschiedene Treuhänder.

Ebenso wie bei sonstigen "Nachfolge-" oder "Eintrittsklauseln" kann die Aufnahme von bestimmten Qualifikationen des Treuhänders abhängig gemacht werden [151]. Die Gesellschafter brauchen dann den neuen Treuhänder nur in die Gesellschaft aufzunehmen, wenn er die

---

149) Vgl. Westermann, Handbuch, I Rz. 446 ff.; vgl. ferner Baumbach-Duden, § 138 Anm. 4; Hueck, OHG, § 29 II 5.

150) Vgl. dazu Westermann, Handbuch, I Rz. 566.

151) Vgl. dazu Westermann, Handbuch, I Rz. 460.

vereinbarten Voraussetzungen erfüllt. Auch wenn insoweit keine besonderen Vereinbarungen getroffen sind, muß der Treugeber einen den Gesellschaftern zumutbaren Treuhänder "präsentieren".

II. Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Treuhänders

1. Kündigung der Gesellschaft durch den Privatgläubiger des Treuhänders

Der Zugriff der Privatgläubiger eines Gesellschafters auf den Gesellschaftsanteil im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt sowohl bei der OHG als auch bei der KG gemäß § 135 HGB durch Pfändung und Überweisung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs und Kündigung der Gesellschaft. Die Pfändung ist dadurch erschwert, daß innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht worden sein muß. Soweit die Pfändung und Überweisung aufgrund eines nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titels erwirkt worden ist, kann die Gesellschaft ohne Rücksicht auf die gesellschaftsvertragliche Kündigungsregelung sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt gekündigt werden [152].

Diese Regelung gilt - ebenso wie die den Gesellschafterkonkurs betreffende Regelung des § 131 Nr. 5 HGB - auch für den Treuhänder-Gesellschafter.

---

152) Vgl. dazu im einzelnen Baumbach-Duden, § 135 Anm. 2 ff.

2. Drittwiderspruchsklage des Treugebers gegen die Pfändung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs

Wie bereits oben [153] dargelegt wurde, steht dem Treugeber aber gegen die Pfändung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen er im Konkurs des Treuhänders ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) hat, die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) zu. Sie führt dazu, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird [154]. Es fragt sich dann, ob eine durch den Gläubiger bereits ausgesprochene Kündigung gegenstandslos wird.

Nach h.M. macht der spätere Wegfall der Voraussetzungen des Kündigungsrechts die einmal wirksam erfolgte Kündigung nicht wieder unwirksam [155]. Die Wirkung der einmal erfolgten Kündigung ist nicht an den Fortbestand des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gebunden. Denn die übrigen Gesellschafter müssen sich auf die durch die Kündigung geschaffene Änderung der Rechtslage verlassen können. Die Kündigung kann deshalb nur wieder rückgängig gemacht werden, wenn die Gesellschafter damit einverstanden sind. Aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht kann allerdings die Verpflichtung folgen, das Einverständnis zur Rücknahme der Kündigung zu erklären - insbesondere dann, wenn die

---

153) S. 130.

154) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 771 Anm. 3 G.

155) Vgl. RGZ 169, 153 (155); BGHZ 30, 195 (200); OLG Dresden, JW 1935, 717 mit zustimmender Anm. Lehmann. In den diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Fällen war der Gläubiger nach Kündigung der Gesellschaft befriedigt worden. Vgl. ferner Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 135 Anm. 12; Ritter, § 135 Anm. 6; Hueck, OHG, § 24 II 3; Schlegelberger-Geßler, § 135 Rz. 11; Westermann, Handbuch, I Rz. 330; a.A. Staub-Pinner, § 135 Anm. 6; Wieland, S. 671.

Voraussetzungen für die Kündigung bereits kurz nach der Kündigungserklärung wegfallen, da die Gesellschafter in einem solchen Fall nicht schutzwürdig sind. Selbst dann, wenn die Kündigung bereits zum Ausscheiden des Gesellschafters geführt hat, wird aus der Treuepflicht - je nach den Umständen des Einzelfalls - eine Verpflichtung zur Wiederaufnahme hergeleitet [156].

Diese Grundsätze müssen auch dann angewandt werden, wenn der Gesellschafter Treuhänder ist. Die Gesellschafter könnten sich im Hinblick auf die Rückgängigmachung der Kündigung nur auf ein fehlendes Eigeninteresse des Treuhänders berufen. Wenn die Gesellschafter die Treuhänderstellung gebilligt haben, ist eine solche Berufung jedoch unzulässig.

Bei der Abwägung zwischen den Interessen der Gesellschafter und dem durch den Treuhänder verkörperten Treugeberinteresse im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ist zu berücksichtigen, daß die Gesellschafter aufgrund der Kenntnis der Treuhänderstellung die Widerspruchsmöglichkeit des Treugebers kennen. Die Interessenabwägung dürfte deshalb regelmäßig dazu führen, daß die Gesellschafter verpflichtet sind, sich mit der Rücknahme der Kündigung einverstanden zu erklären oder den Treuhänder wieder in die Gesellschaft aufzunehmen.

---

156) Vgl. RGZ 169, 153 (155); BGH LM Nr. 7 zu § 142 HGB; BGHZ 3o, 195 (2o1); Baumbach-Duden, § 135 Anm. 4 C; Hueck,OHG, § 24 II 3; Schlegelberger-Geßler, § 135 Rz. 12; Westermann, Handbuch, I Rz. 33o.

Der Gläubiger kann die Gesellschaft auch dann noch kündigen, wenn der Treugeber bereits die Drittwiderspruchsklage erhoben hat. Das Kündigungsrecht verliert er erst dann, wenn die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird. Da die Kündigung eine berechtigte Vorsichtsmaßnahme für den Fall ist, daß der Drittwiderspruchsklage nicht stattgegeben wird, stellt die Ausübung des Kündigungsrechts in einem solchen Fall auch keine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) dar. Der Treugeber kann aber die Ausübung des Kündigungsrechts durch einen Antrag auf vorläufige Aufhebung der Pfändung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs hindern (§§ 771 Abs. 3, 769 ZPO). Denn nach h.M. macht auch die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung für die Zeit ihrer Dauer die Kündigung unzulässig [157].

3. Vorausabtretung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs an den Treugeber

Die Gefahr der Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger des Treuhänders besteht dagegen nicht, wenn der Treuhänder den Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruch im voraus an den Treugeber abgetreten hat. Denn dann ist eine Pfändung des Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruchs, die Voraussetzung des Kündigungsrechts ist, nicht mehr möglich [158].

---

157) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 135 Anm. 7; Hueck, OHG, § 24 II 3; Schlegelberger-Geßler, § 135 Rz. 11; RGRK-HGB-Weipert, § 135 Anm. 12; Westermann, Handbuch, I Rz. 330; a.A. Ritter, § 135 Anm. 5.

158) Vgl. Hueck, OHG, § 23 II 3.

§ 12 Die Haftung des Treugebers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und den Gesellschaftern

I. Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern

Die OHG-Gesellschafter und die Komplementäre der KG haften den Gesellschaftsgläubigern persönlich unbeschränkt (§§ 128, 161 Abs. 2 HGB). Die Haftung des Kommanditisten ist dagegen nach Eintragung der Kommanditistenstellung ins Handelsregister (vgl. § 176 HGB) auf die Einlage beschränkt und, soweit diese voll geleistet ist, ausgeschlossen (§ 171 HGB) [159]. Die Frage der persönlichen Haftung gegen über den Gesellschaftsgläubigern spielt daher vor allem bei der OHG und im Hinblick auf persönlich haftende Gesellschafter einer KG eine praktische Rolle.

Daß der Treuhänder als Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelung haftet, ist unproblematisch. Problematischer ist dagegen die Frage der Haftung des Treugebers. Da ihm die Beteiligungserträge zufließen, haben die Gesellschaftsgläubiger ein Interesse daran, daß auch sein Vermögen als Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsschulden dient.

1. Mittelbare Haftung des Treugebers für die Gesellschaftsschulden

Der Treugeber haftet den Gesellschaftsgläubigern zunächst einmal mittelbar: Der Treuhänder hat aufgrund

---

159) Vgl. zur Haftung des Kommanditisten im einzelnen Westermann, Handbuch, I Rz. 902 ff.

des Treuhandvertrags einen Schuldbefreiungsanspruch gegen den Treugeber. Auch wenn das im Treuhandvertrag nicht ausdrücklich geregelt ist, ergibt sich der Schuldbefreiungsanspruch, da der Treuhandvertrag Auftragscharakter hat, aus den §§ 669, 67o BGB [16o]. Hat ein Gesellschaftsgläubiger einen Titel gegen den Treuhänder erwirkt, so kann er diesen Anspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Im Prozeß kann der Anspruch dann im Wege der Prozeßstandschaft geltend gemacht werden [161].

2. Unmittelbare Haftung des Treugebers für die Gesellschaftsschulden

Es fragt sich dann, ob darüber hinaus auch eine unmittelbare Haftung des Treugebers im Einzelfall in Betracht kommt.

In Rechtsprechung und Literatur ist eine ähnlich liegende Frage näher erörtert worden - und zwar, ob ein Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet, wenn er wirtschaftlich der alleinige Inhaber des Unternehmens ist und eine vermögenslose Person als Komplementär vorgeschoben hat [162]. Teilweise wird die Ansicht vertreten, daß sich der Kommanditist in

---

16o) Vgl. RGZ 84, 3o4 (3o5); OLG Celle, JW 1938, 1591 und Boesebeck in der Anm. dazu.

161) OLG Celle, a.a.O.; Bott, Diss., S. 61

162) Vgl. OLG Hamm, MDR 1963, 849; BGHZ 45, 2o4 (2o7) = LM Nr. 7 zu § 171 HGB (L) mit Anm. Fischer = JuS 1966, 415; Baumbach-Duden, § 171 Anm. 3; RGRK-HGB-Weipert, § 164 Anm. 16; Schlegelberger-Geßler, § 164 Rz. 14; Hofmann, NJW 1969, 577 ff.

einem solchen Fall nicht auf die Haftungsbeschränkung des § 171 HGB berufen kann [163]. Der BGH [164] hat diese Auffassung jedoch abgelehnt und sich dabei insbesondere mit der Frage des Auseinanderfallens von Herrschaft und Haftung auseinandergesetzt: Das Gesetz gehe in seiner dispositiven Regelung der Personengesellschaften sowie der stillen Gesellschaft zwar von dem Grundsatz aus, daß Unternehmensleitung und persönliche Haftung in einem inneren und unmittelbaren Zusammenhang zueinander ständen. Das werde in der verschiedenartigen gesetzlichen Gestaltung der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft deutlich. Aus dieser gesetzlichen Regelung könne jedoch nicht die Folgerung gezogen werden, daß es sich hierbei um einen zwingenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz handele, der bei einer andersartigen gesellschaftsvertraglichen Verteilung der Machtverhältnisse in einer dieser Gesellschaftsformen stets zu beachten sei. Denn wie die gesetzliche Regelung klar erkennen lasse, handele es sich insoweit nicht um zwingendes Recht, also auch nicht um einen zwingenden Rechtsgrundsatz, der deshalb bei jeder andersartigen gesellschaftsvertraglichen Regelung Berücksichtigung finden müßte [165].

Angesichts der verbreiteten Praxis der GmbH u. Co. KG sah der BGH in einer solchen Gestaltung auch keinen

---

163) So OLG Hamm, a.a.O.; Baumbach-Duden, a.a.O.; RGRK-HGB-Weipert, a.a.O.; Schlegelberger-Geßler, a.a.O.

164) A.a.O.

165) A.a.O., S. 205/206.

Mißbrauch der Rechtsform der KG [166].

Bei einem Treuhandverhältnis kommt hinzu, daß der Treugeber außerhalb der Gesellschaft steht. Zu einer unmittelbaren Haftung könnte man deshalb nur über Rechtscheinsgrundsätze kommen. Der Treugeber tritt jedoch gerade nicht als "Scheingesellschafter" in Erscheinung [167].

Es fallen auch nicht Herrschaft und Haftung, sondern formale und wirtschaftliche Gesellschafterstellung auseinander. Der Treuhänder haftet nicht nur den Gesellschaftsgläubigern, sondern als Gesellschafter ist er auch Inhaber der Herrschaftsrechte. Daß der Treuhänder die Gesellschafterrechte regelmäßig nach den Weisungen des Treugebers ausüben muß, führt auch nicht mittelbar zu einem Auseinanderfallen von Herrschaft und Haftung, da der Treugeber über den Schuldbefreiungsanspruch des Treuhänders mittelbar den Gesellschaftsgläubigern haftet. Der mittelbaren Herrschaft des Treugebers entspricht damit die mittelbare Haftung.

Angesichts der mittelbaren Haftung des Treugebers besteht letztlich auch kein Bedürfnis für eine unmittelbare Haftung, denn die Gesellschaftsgläubiger sind durch die Möglichkeit, den Befreiungsanspruch des Treuhänders zu pfänden, in ausreichendem Maße geschützt. Wenn sie - wie das meist geschehen dürfte - erst bei der Zwangsvollstreckung gegen den Treuhänder [168] vom Treugeber Kenntnis erlangen, bedeutet

---

166) A.a.O., S. 207/208.

167) Zur Haftung eines "Scheingesellschafters" vgl. BGHZ 17, 13 ff.; Baumbach-Duden, § 128 Anm. 1 C; Schlegelberger-Geßler, § 128 Rz. 38; Westermann, Handbuch, I Rz. 107.

168) Spätestens im Offenbarungseidverfahren.

diese praktisch noch nicht einmal einen lästigen Umweg [169].

3. Ausschluß oder Beschränkung der mittelbaren Haftung des Treugebers

Problematisch ist nun, ob der Schuldbefreiungsanspruch des Treuhänders von vornherein ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.

Das OLG Celle [17o] hat in einem Fall, in dem ein Handelsgeschäft von einem Strohmann geführt wurde, "aus der Natur der Strohmannschaft" einen Schuldbefreiungsanspruch hergeleitet und ausgeführt, wenn dieser Anspruch ausdrücklich ausgeschlossen wäre, würde eine solche Vereinbarung gegen die guten Sitten verstoßen. Das ist zutreffend, wenn eine völlig mittellose Person - wie in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall - als Strohmann vorgeschoben wird und der Ausschluß der Befreiungsansprüche den Zweck hat, die Gläubiger zu benachteiligen.

Es kommt in diesem Zusammenhang aber noch ein weiterer Gesichtspunkt hinzu. Auch der Treuhänder selbst muß - gleichgültig, welche Funktion das Treuhandverhältnis hat - vor unübersehbaren Haftungsrisiken, auf die er keinen Einfluß hat und für die er kein Äquivalent erhält, geschützt werden. In der bereits oben [171] erwähnten Entscheidung BGHZ 44, 158 ff. hat der BGH die Schranken,

---

169) Boesebeck, JW 1938, 1592.
17o) JW 1938, 1591/1592.
171) S. 82 f.

die einer Beschränkung der Stellung des Treugebers unter dem Gesichtspunkt des "Selbstschutzes" gezogen sind, aufgezeigt. Der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt (Der Gesellschafter einer OHG hatte durch Vereinbarung mit den anderen Gesellschaftern für Lebenszeit die Ausübung aller ihm nach Gesetz und Vertrag zustehenden gesellschaftlichen Rechte einem "Treuhänder" übertragen. Bei dessen Auswahl durfte er weder mitwirken noch konnte er ihm Weisungen erteilen oder ihn abberufen.) bedeutete ein völliges Auseinanderfallen von Herrschaft und unbeschränkter Haftung. Der BGH sah darin mit Recht eine "Aufgabe der freien Selbstbestimmung", die "mit den Grundwerten unserer Rechtsordnung" nicht zu vereinbaren und daher sittenwidrig sei [172]. Die Einheit von Herrschaft und Haftung ist zwar kein zwingender Rechtsgrundsatz. Gleichwohl sind einem Auseinanderfallen von Herrschaft und Haftung im Einzelfall durch § 138 BGB Schranken gesetzt.

Diese Grundsätze gelten auch im Hinblick auf die Stellung des Treuhänder-Gesellschafters. Das bedeutet: Wenn der Treuhänder OHG-Gesellschafter oder persönlich haftender Gesellschafter einer KG ist, würde der Ausschluß des Schuldbefreiungsanspruchs zu einer sittenwidrigen "Selbstentmündigung" des Treuhänders führen, wenn dieser nach den Weisungen des Treugebers handeln muß oder wenn der Treugeber die gesellschaftlichen Rechte kraft Vollmacht ausübt, denn auch in einem solchen Fall fallen Herrschaft und Haftung letztlich völlig auseinander.

---

172) A.a.O., S. 161.

Unbedenklich ist dagegen eine Beschränkung des Schuldbefreiungsanspruchs, soweit damit berechtigte Zwecke verfolgt werden. Wenn z.B. ein Testamentsvollstrecker das persönliche Haftungsrisiko übernimmt und eine OHG-Beteiligung als Treuhänder verwaltet, kann die mittelbare Haftung der Erben auf den Nachlaß beschränkt werden.

Der Verzicht des Treuhänders auf einzelne Rückgriffsansprüche gegen den Treugeber kann von den Gläubigern u.U. nach dem Anfechtungsgesetz angefochten werden.

II. Die Haftung des Treugebers gegenüber den Gesellschaftern

Im Verhältnis zu den Gesellschaftern ergeben sich Haftungsfragen insbesondere im Hinblick auf Einlageverpflichtungen. Ferner kommt eine Haftung auf Schadensersatz bei fehlerhafter Geschäftsführung oder bei Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in Betracht [173]. Die Haftung des Treuhänders ist wiederum unproblematisch. Als Gesellschafter haftet er für Einlageverpflichtungen. Sofern er zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist, verpflichten ihn schuldhafte Fehler bei der Geschäftsführung zum Schadensersatz. Die Billigung des Treuhandverhältnisses durch die Mitgesellschafter entbindet ihn nicht von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Verletzt er

---

173) Ein Verstoß gegen die Treuepflicht hat die gleichen Folgen wie eine sonstige Vertragsverletzung. Ein schuldhafter Verstoß verpflichtet zum Schadensersatz, schwere Verletzungen können einen Grund für Maßnahmen nach §§ 117, 127, 133, 14o, 142 HGB bilden, vgl. dazu statt aller Hueck, OHG, § 13 I 4. Zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und zum Ausschluß des Treuhänders aus der Gesellschaft vgl. unten, S. 163 ff.

sie, so kann er sich nicht mit dem Hinweis auf Weisungen des Treugebers entlasten. Denn die Weisungsgebundenheit wird - wie bereits oben [174] gezeigt wurde - von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht begrenzt. Verstöße gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, die der Treugeber als Bevollmächtigter des Treuhänder-Gesellschafters begeht, werden dem Treuhänder über § 278 BGB zugerechnet. Das folgt daraus, daß der Treuhänder formal Gesellschafter ist und sich formal zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis des Treugebers bedient. Wollte man in diesem Fall eine Haftung des Treuhänders ablehnen, weil der Treugeber materiell der eigentliche Beteiligte ist, so müßte man den Treugeber hinsichtlich der Haftung gegenüber den Mitgesellschaftern als Gesellschafter behandeln. Es besteht aber insoweit kein Bedürfnis, sich über die formale Gesellschafterstellung des Treuhänders hinwegzusetzen, weil der Treuhänder durch den Haftungsfreistellungsanspruch und die Mitgesellschafter durch den Zugriff auf diesen Anspruch ausreichend geschützt sind.

1. Mittelbare Haftung des Treugebers gegenüber den Gesellschaftern

Der Treugeber haftet den Gesellschaftern zunächst einmal mittelbar. Soweit der Treuhänder mit Zustimmung des Treugebers oder aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses Einlageverpflichtungen übernommen hat oder übernehmen mußte, hat er einen Befreiungsanspruch gegen den Treugeber. Diesen Anspruch kann der Treuhänder an die Mit-

---

174) S. 23, 27 und S. 115.

gesellschafter abtreten [175]. Dabei dürfte es sich aber nicht um eine Hingabe an erfüllungsstatt (§ 364 BGB), sondern um eine Hingabe erfüllungshalber handeln [176], so daß die Haftung des Treuhänders nicht erlischt. Die Gesellschafter können diesen Anspruch auch im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden.

Ob der Treuhänder auch einen Befreiungsanspruch im Hinblick auf Schadensersatzansprüche hat, die durch schuldhafte Verletzung der Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis entstanden sind, ist dagegen fraglich. Bei der Ersatzpflicht des Treugebers nach § 67o BGB, deren Umfang auch für das Treuhandverhältnis gilt, soweit der Treuhandvertrag nicht ausdrücklich abweichende Bestimmungen enthält, wird folgendermaßen unterschieden [177]: Aufwendungen, die durch ein schuldhaftes Verhalten des Beauftragten entstehen, hat dieser zu tragen, weil er sie nicht zur Ausführung des Auftrags für erforderlich halten durfte. Aufwendungen, die in einer Schadensersatzleistung an einen Dritten bestehen, deren Rechtsgrund nicht in einem schuldhaften Verhalten des Beauftragten liegt, hat der Auftraggeber dagegen zu ersetzen. So kann der Kommissionär z.B. vom

---

175) Vgl. dazu RGZ 151, 93: Der Angestellte einer GmbH, der im Auftrag der GmbH einem Dritten einen Kreditauftrag erteilt hat, kann von der GmbH Befreiung von dem Anspruch des Dritten aus § 778 BGB verlangen und diesen Anspruch an den Dritten abtreten.

176) Bei der Abtretung einer Forderung spricht eine tatsächliche Vermutung für die Hingabe erfüllungshalber, vgl. Erman-Westermann, § 364 Anm. 5; vgl. ferner RGZ 65, 79 (8o).

177) Vgl. dazu Erman-Hauß, § 67o Anm. 4 und 5; RGRK-BGB-Denecke, § 67o Anm. 3 und 4.

Kommittenten Aufwendungsersatz für Schadensersatz verlangen, den er ohne ein Verschulden an einen Dritten zahlen mußte [178]. Ferner stellt eine auf einem schuldhaften Verhalten beruhende Schadensersatz des Beauftragten dann eine notwendige Aufwendung dar, wenn sie vom Auftraggeber verursacht oder mitverursacht wurde, insbesondere wenn der Beauftragte auf Weisung des Auftraggebers gehandelt hat. Demgemäß hat der Treuhänder gegen den Treugeber im Hinblick auf Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung der Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag einen Aufwendungsersatzanspruch, wenn der Treugeber als Bevollmächtigter des Treuhänders schuldhaft gegen Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag verstößt oder wenn der Treuhänder die Pflichtverletzung gegenüber den Mitgesellschaftern aufgrund von Weisungen des Treugebers begangen hat. Soweit der Treuhänder für Pflichtverletzungen haftet, die der Treugeber als sein Bevollmächtigter begangen hat, kann er außerdem vom Treugeber Befreiung von der Schadensersatzpflicht gegenüber den Mitgesellschaftern im Wege des Schadensersatzes verlangen. Im übrigen kommt ein Aufwendungsersatzanspruch bei Schadensersatzleistungen des Treuhänders an die Mitgesellschafter

---

178) BGHZ 8, 222 (228)

nur in Betracht, wenn der Treuhandvertrag eine entsprechende Vereinbarung enthält.

2. Unmittelbare Haftung des Treugebers Gegenüber den Gesellschaftern

Eine unmittelbare Haftung des Treugebers gegenüber den Gesellschaftern kommt - abgesehen von deliktischen Schadensersatzansprüchen - in Betracht, wenn zwischen dem Treugeber und den Gesellschaftern unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen. Das ist einmal der Fall, wenn dem Treugeber eigene Rechte im Rahmen der Gesellschaft eingeräumt sind. Denn dann verpflichtet ihn die schuldhaft-pflichtwidrige Ausübung dieser Rechte zum Schadensersatz [179]. Zum anderen kann, auch wenn dem Treugeber keine unmittelbaren Rechte im Rahmen der Gesellschaft eingeräumt sind, ein Vertrag zwischen den Gesellschaftern und dem Treugeber bestehen, in dem diese die "mittelbare Gesellschafterstellung" des Treugebers ausdrücklich anerkennen [180]. Nicht nur die Gesellschafter haben in einem solchen Fall Rücksichtspflichten im Hinblick auf das Treuhand-

---

179) Bei schwerer Pflichtverletzung können dem Treugeber diese Rechte auch entzogen werden, vgl. Hueck, OHG, § 11 III 1, Fn. 25 a; RGRK-HGB-Fischer, § 119 Anm. 24; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 292.

180) Vgl. oben, S. 113.

verhältnis, sondern auch den Treugeber treffen umgekehrt Rücksichtspflichten im Hinblick auf das Gesellschaftsverhältnis, deren Verletzung zum Schadensersatz führen kann.

§ 13 Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsklagen

Für gesellschaftsrechtliche Gestaltungsklagen - § 117 HGB (Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis), § 127 HGB (Entziehung der Vertretungsmacht), § 14o HGB (Ausschluß aus der Gesellschaft), § 142 HGB (Übernahme des Geschäfts) - ist der Treuhänder aktiv und passiv allein legitimiert, da nur er Gesellschafter ist [181]. Gleichwohl ergeben sich aufgrund der Treuhänderstellung gewisse Besonderheiten.

I. Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht gegen den Treuhänder

Nach § 117 HGB kann einem Gesellschafter einer OHG und gemäß § 161 Abs. 2 HGB einem persönlich haftenden Gesellschafter einer KG die Befugnis zur Geschäftsführung durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Das gleiche gilt für die Vertretungsmacht (§§ 127, 161 Abs. 2 HGB). Beide Anträge dürften selten allein gestellt werden [182].

Ein wichtiger Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft (§§ 117, 127 HGB). Beim Treuhänder-Gesellschafter kann sich der

---

181) Westermann, Handbuch, I Rz. 113 1 f.

182) Baumbach-Duden, § 127 Anm. 1 A.

wichtige Grund daraus ergeben, daß er ohne Rücksicht auf die Interessen der Mitgesellschafter den Weisungen des Treugebers folgt. Denn der Treuhänder hat insoweit wie jeder andere Gesellschafter auch den Interessen der Gesellschaft den Vorrang zu geben [183].

Die Rechtsfolgen, die sich aus der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht für das Treuhandverhältnis ergeben, richten sich danach, ob der Treugeber das Verhalten, das zur Entziehung geführt hat, veranlaßt oder gebilligt hat. Hat er es nicht veranlaßt oder gebilligt, so stellt das Verhalten gleichzeitig eine Pflichtverletzung des Treuhandvertrags dar, da der Treuhänder alles zu unterlassen hat, was die "mittelbare Gesellschafterstellung" des Treugebers verschlechtern oder gefährden kann. Der Treugeber kann dann den Treuhandvertrag aus wichtigem Grund kündigen - sofern er ihn nicht ohnehin jederzeit kündigen kann - und den Treuhänder "auswechseln", wenn er mit den Gesellschaftern ein "Auswechslungsrecht" vereinbart hat [184].

Auch wenn dem Treuhänder Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht deswegen entzogen worden sind, weil er - z.B. wegen lang dauernder Krankheit [185] - zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und Vertretung nicht in der Lage ist, kann der Treugeber den Treuhandvertrag aus wichtigem Grund kündigen, weil es insoweit - ebenso wie im Rahmen des § 117 HGB - nicht auf ein Verschulden, sondern auf die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ankommt.

---

183) RGRK-HGB-Fischer, § 127 Anm. 22.

184) Zum "Auswechslungsrecht" vgl. oben, S. 146 ff.

185) Baumbach-Duden, § 117 Anm. 1 C.

II. Ausschließungsklage gegen den Treuhänder

Wenn in der Person eines Gesellschafters einer OHG ein wichtiger Grund eintritt, der nach § 133 HGB zur Erhebung der Auflösungsklage berechtigen würde, so können die übrigen Gesellschafter nach § 14o HGB auf Ausschließung des Gesellschafters aus der Gesellschaft klagen [186]. Ein wichtiger Grund ist insbesondere die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung einer wesentlichen Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag (§ 133 Abs.2HGB). Das Ausschließungsrecht gilt auch in der KG (§ 161 Abs. 2 HGB) und kann auch gegen einen Kommanditisten geltend gemacht werden. Da das Verhältnis eines Kommanditisten zu seinen Mitgesellschaftern aber meist weniger eng ist als bei einer OHG, sind an die Ausschließung in der Regel strengere Anforderungen zu stellen [187]. Bei einer zweigliedrigen Gesellschaft tritt an die Stelle der Ausschließungsklage die Übernahmeklage (§ 142 HGB).

1. Zurechnungsproblematik

Voraussetzung für die Ausschließung ist ein wichtiger Grund in der Person des Gesellschafters, gegen den sich die Klage richtet. Die Ausschließung dient der Beseitigung einer Störung des Gesellschaftsverhältnisses.

---

186) An die Ausschließung sind allerdings höhere Anforderungen zu stellen als an die Auflösung, vgl. Baumbach-Duden, § 14o Anm. 2 B.

187) Vgl. RG,JW 1938, 2212; OGHZ 3, 2o3 (2o9); BGH, WM 1961, 886.

Diese muß daher von dem Gesellschafter, der ausgeschlossen werden soll, ausgehen. Soweit die Ausschließungsklage auf ein gesellschaftswidriges Verhalten des Treuhänders oder auf einen objektiven Grund in seiner Person gestützt wird, ist der Tatbestand des wichtigen Grundes in seiner Person erfüllt. Es können aber auch Gründe, die in der Person des Treugebers liegen, zu einer Störung des Gesellschaftsverhältnisses führen. Es fragt sich dann, ob auch solche Gründe dem Treuhänder zuzurechnen sind.

Weniger problematisch sind dabei solche Fälle, in denen das gesellschaftswidrige Verhalten des Treugebers auch zu einem gesellschaftswidrigen Verhalten des Treuhänders führt, so wenn der Treuhänder den Weisungen des Treugebers ohne Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft folgt und damit die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verletzt. Weniger problematisch ist ferner, daß objektive Gründe in der Person des Treugebers, die in der Person eines Gesellschafters u.U. zum Ausschluß führen könnten (z.B. eine lang andauernde Krankheit [188]), dem Treuhänder nicht zuzurechnen sind, da sie regelmäßig keine Auswirkungen auf das Gesellschaftsverhältnis haben. Schwieriger sind dagegen die Fälle zu beurteilen, in denen sich lediglich der Treugeber gesellschaftswidrig verhält, z.B. ein Konkurrenzunternehmen gründet oder sich an einem solchen beteiligt.

Rechtsprechung und Literatur haben sich mit der Frage beschäftigt, ob das gesellschaftswidrige Verhalten eines verstorbenen Gesellschafters den Erben, die an seine Stelle getreten sind, zuzurechnen ist oder ob das Ver-

---

188) Vgl. Baumbach-Duden, § 14o Anm. 2 B.

halten von nahestehenden Personen im Rahmen des wichtigen Grundes berücksichtigt werden kann.

Die Zurechnung des gesellschaftswidrigen Verhaltens des Erblassers wird allgemein abgelehnt, weil durch den Eintritt der Erben die Gefährdung der Gesellschaft beseitigt ist, die durch das gesellschaftswidrige Verhalten des Erblassers hervorgerufen worden ist [189]. Eine bereits erhobene Ausschließungsklage wird deshalb gegenstandslos.

Das Verhalten von nahestehenden Personen ist dem Gesellschafter dagegen u.U. zuzurechnen.

> So hatte das Berufungsgericht in dem Fall, der der Entscheidung RG, JW 1938, 2214 zugrunde lag, einer Gesellschafterin im Rahmen einer Übernahmeklage (§ 142 HGB) die sittlichen Verfehlungen ihres Ehemannes gegenüber "weiblichen Gefolgschaftsmitgliedern" und Hausangestellten zugerechnet [190].
>
> Der BGH ist insoweit etwas zurückhaltender, hält aber auch die Zurechnung des Verhaltens nahestehender Angehöriger für zulässig. In BGH, WM 1958, 49 (5o) führte der erkennende Senat aus, angesichts der Vorschrift des § 14o HGB, der für die Ausschließung einen wichtigen Grund "in der Person eines Gesellschafters" verlange, sei jedenfalls in einem Fall dieser Art stets zu verlangen, daß sich

---

189) Vgl. RGZ 1o8, 388; 1o9, 8o (83); 153, 274 (278); OGHZ 3, 2o3 (211); BGHZ 1, 324 (33o); BGH, WM 1958, 49 (5o); Baumbach-Duden, § 14o Anm. 2 B; Hueck, OHG, § 29 I 2 c; Schlegelberger-Geßler, § 14o Rz. 2; RGRK-HGB-Weipert, § 14o Anm. 4; Westermann, Handbuch, I Rz. 41o; a.A. Hachenburg, JW 1925, 244.

190) Für die Revision kam es darauf dann allerdings nicht mehr an.

das Verhalten des nahen Familienangehörigen so sehr auf die eigenen persönlichen Verhältnisse des Gesellschafters auswirke oder gar von ihnen gedeckt werde, daß man insoweit auch von einem wichtigen Grund in der Person des betreffenden Gesellschafters sprechen könne.

Diese Grundsätze wandte der BGH auch in BGH, WM 1961, 886 (888) an. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte u.a. die Ehefrau des Klägers als Angestellte der Gesellschaft Einnahmen verkürzt. Der erkennende Senat führte dazu aus, dem Kläger könne das Verhalten seiner Ehefrau nicht ohne weiteres als eigenes gesellschaftswidriges Verhalten zugerechnet werden. Es hätte insoweit vielmehr der weiteren Feststellung bedurft, daß sich der Kläger einer Verletzung seiner Aufsichtspflicht schuldig gemacht oder das Verhalten seiner Frau gekannt oder hingenommen habe [191].

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so ergibt sich folgendes:

Die Gefährdung der Gesellschaft durch das Verhalten des Dritten muß im Zeitpunkt der Ausschließung noch bestehen.

Der Gesellschafter, dem das Verhalten des Dritten zugerechnet werden soll, muß auf das Verhalten des Dritten entweder Einfluß haben, so daß ihm dessen gesellschaftsgefährdendes Verhalten als eigenes gesellschaftswidriges Verhalten durch Unterlassen zuzurechnen ist,

oder das Verhalten des Dritten muß sich auf die persönlichen Verhältnisse des Gesellschafters in der Weise auswirken, daß dadurch eine Gefährdung der Gesellschaft herbeigeführt wird. Denn da die Ausschließung keine Strafsanktion ist [192], sondern nur eine Gefährdung

---

191) Vgl. ferner RGRK-HGB-Weipert, § 14o Anm. 5; Schlegelberger-Geßler, § 14o Rz. 2; Westermann, Handbuch, I Rz. 4o7.

192) Vgl. RGZ 146, 169 (176).

> von der Gesellschaft abwenden soll, die auf andere Weise nicht beseitigt werden kann [193]), braucht der wichtige Grund nicht unbedingt in einem schuldhaften Verhalten eines Gesellschafters zu bestehen, sondern kann in objektiven Verhältnissen liegen, die mit der Person eines Gesellschafters zusammenhängen.

Die Anwendung dieser Grundsätze dürfte auch bei Treuhandverhältnissen zu befriedigenden Lösungen führen. Ein gesellschaftswidriges Verhalten des Treugebers kann dem Treuhänder zwar nicht als Verletzung der Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag durch Unterlassen zugerechnet werden, weil der Treuhänder keinen Einfluß auf den Treugeber hat, sondern die Machtverteilung gerade umgekehrt ist. Das gesellschaftswidrige Verhalten des Treugebers kann aber dazu führen, daß die rechtliche Bindung des Treuhänders an den Treugeber mit dem Wohl der Gesellschaft unvereinbar und die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit dem Treuhänder-Gesellschafter für die anderen Gesellschafter aufgrund dieser Bindung unzumutbar wird. Daß den Treuhänder insoweit kein Vorwurf trifft, ist unbeachtlich, da auch objektive Umstände in der Person eines Gesellschafters die Ausschließung rechtfertigen können [194]).

---

193) Zur Subsidiarität der Ausschließungsklage vgl. Baumbach-Duden, § 140 Anm. 1 A; Hueck, OHG, § 29 I 1 c; Schlegelberger-Geßler, § 140 Rz. 6; Westermann, Handbuch, I Rz. 412.

194) Vgl. dazu auch RGZ 146, 169 (176). Die Entscheidung stammt aus der nationalsozialistischen Zeit. Das RG hatte sich darin mit der Frage zu beschäftigen, ob die jüdische Abstammung eines Gesellschafters ein Ausschließungsgrund sei. Das RG wies die Klage zwar ab, führte aber aus (S. 182), daß die jüdische Abstammung dann ein Ausschließungsgrund sein könne, wenn ein Verbleiben der jüdischen Gesellschafter in der Gesellschaft diese schwer schädigen oder in ihrem Bestehen gefährden würde. Gesellschaftsrechtlich ist diese Entscheidung sicherlich richtig. Im Gegensatz zu der rechtlichen Bindung des Treuhänders handelt es sich hier um eine tatsächliche mit dem Wohl der Gesellschaft unvereinbare Bindung.

Auf diese Weise wird dem Treuhänder das gesellschaftswidrige Verhalten des Treugebers allerdings nur mittelbar zugerechnet. Interessengerechter wäre es, wenn man sich über das Erfordernis des wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters hinwegsetzen und dem Treuhänder das gesellschaftswidrige Verhalten des Treugebers unmittelbar zurechnen könnte. Ansätze dazu finden sich in BGHZ 32, 17 (32) [195]. Dort wird ausgeführt: Grundsätzlich habe der Treuhänder die Gesellschafterstellung inne. Im allgemeinen komme es für die Beurteilung einer Ausschließung auch darauf an, was "in" der Person der Gesellschafter liege, und nicht darauf, inwieweit ihnen das Verhalten außenstehender Personen zugerechnet werden könne. Für den Treugeber einer gesellschaftlichen Beteiligung könne dies aber anders liegen, wenn und solange er die Möglichkeit habe, aus dem Hintergrund auf die gesellschaftlichen Verhältnisse einzuwirken und (oder) anstelle des Treuhänders wieder in die Gesellschaft einzutreten.

Daß der wichtige Grund in der Person eines Gesellschafters liegen muß, hat seinen Grund einmal darin, daß der betreffende Gesellschafter für die Störung des Gesellschaftsverhältnisses ursächlich geworden sein muß, so daß durch den Ausschluß die Ursache der Störung beseitigt wird. Zum anderen rechtfertigt regelmäßig nur ein eigenes Verhalten eines Gesellschafters oder ein objektiver Grund gerade in der Person eines Gesellschafters den für den betreffenden Gesellschafter zumeist recht harten Ausschluß. Soweit der Treugeber aber Einfluß auf die Belange der Gesellschaft hat oder sogar anstelle des Treuhänders in die Gesellschaft eintreten oder den Treuhänder auswechseln kann, ist er der "wirkliche Gesell-

---

195) Die Entscheidung bezieht sich zwar auf die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters. Sie läßt sich aber ebenso auf Personengesellschaften übertragen.

schafter". Verhält er sich gesellschaftswidrig, so führt das zu einer Störung des Gesellschaftsverhältnisses - und zwar umso eher, je größer sein Einfluß auf die Gesellschaft ist. Der Treuhänder ist als Gesellschafter nicht schutzwürdig, da er nur im Interesse des Treugebers handelt. Es ist deshalb gerechtfertigt, dem Treuhänder als "Repräsentanten" des Treugebers dessen gesellschaftswidriges Verhalten unmittelbar zuzurechnen.

2. Auswirkungen der Ausschließung des Treuhänders auf das Auswechslungsrecht des Treugebers

Wenn der Treuhänder aufgrund des Ausschließungsverfahrens aus der Gesellschaft ausscheidet, verliert der Treugeber seine "mittelbare Beteiligung". Diese Konsequenz ist aber dann nicht zwingend, wenn der Treugeber ein "Auswechslungsrecht" [196] hat oder selbst anstelle des Treuhänders in die Gesellschaft eintreten kann. Die Ausschließung des Treuhänders kann allerdings auch Auswirkungen auf das Auswechslungs- oder Eintrittsrecht des Treugebers haben - je nachdem, ob der wichtige Grund in der Person des Treuhänders oder des Treugebers liegt.

a) Wichtiger Grund in der Person des Treugebers

Liegt der wichtige Grund in der Person des Treugebers, so nützt die Ausschließung des Treuhänder-Gesellschafters wenig, wenn der Treugeber nicht gleichzeitig sein Auswechslungs- oder Eintrittsrecht verliert. Denn die Störung des Gesellschaftsverhältnisses würde durch die Auswechslung des Treuhänders nicht beseitigt und durch

---

196) Vgl. oben, S. 146 ff.

den Eintritt des Treugebers in die Gesellschaft nur noch verstärkt werden. Das, was für die Ausschließung aus der Gesellschaft gilt, muß aber auch auf das Auswechslungs- und Eintrittsrecht des Treugebers übertragen werden. Das gesellschaftswidrige Verhalten des Treugebers stellt deshalb nicht nur einen wichtigen Grund zum Ausschluß des Treuhänders aus der Gesellschaft dar, sondern berechtigt die Gesellschafter auch, dem Treugeber das Auswechslungs- und Eintrittsrecht zu entziehen.

Es fragt sich dann, ob mit dem Ausschluß des Treuhänders aus der Gesellschaft das Auswechslungs- und Eintrittsrecht automatisch erlischt oder ob es dazu noch eines besonderen Aktes von seiten der Gesellschafter bedarf.

Rechte, die Dritten im Rahmen der Gesellschaft eingeräumt sind, werden grundsätzlich durch Kündigung entzogen [197]. In der Ausschließung des Treuhänders aus Gründen, die in der Person des Treugebers liegen, liegt konkludent eine Kündigung der Treugeberrechte. Daß die Kündigung nicht dem Treugeber, sondern dem Treuhänder gegenüber erklärt wird, dürfte unbeachtlich sein, weil der Treugeber auch die seinem "Repräsentanten" gegenüber erklärte Kündigung gegen sich gelten lassen muß. Die Gesellschafter können die Kündigung aber vorsichtshalber auch ausdrücklich gegenüber dem Treugeber aussprechen. Ferner

---

197) Die Entziehung von Gesellschafterrechten erfolgt dagegen wegen des besonderen Rechtssicherheitsbedürfnisses bei Handelsgesellschaften (BGHZ 3, 285, 289) im Wege der Klage.

kann zwischen den Gesellschaftern und dem Treugeber vereinbart werden, daß die Ausschließung des Treuhänders aus Gründen, die in der Person des Treugebers liegen, zum Erlöschen der Rechte des Treugebers führt.

Das gleiche gilt, wenn der wichtige Grund sowohl in der Person des Treuhänders als auch in der des Treugebers liegt. Als wichtiger Grund in der Person des Treugebers dürfte dabei schon die Billigung des gesellschaftswidrigen Verhaltens des Treuhänders anzusehen sein.

b) Wichtiger Grund in der Person des Treuhänders

Wenn der wichtige Grund lediglich in der Person des Treuhänders liegt, kann die Störung des Gesellschaftsverhältnisses dagegen durch die Auswechslung des Treuhänders oder durch Eintritt des Treugebers in die Gesellschaft beseitigt werden. In einem solchen Fall führt die Ausschließung des Treuhänders aus der Gesellschaft daher nicht zum Verlust des Auswechslungs- und Eintrittsrechts des Treugebers. Während des Ausschließungsverfahrens kann der Treugeber den Treuhänder anweisen, die Beteiligung auf einen neuen Treuhänder oder an sich selbst zu übertragen. Die Gesellschafter sind verpflichtet, dazu ihre Zustimmung zu erteilen. Mit der Übertragung der Beteiligung wird die Ausschließungsklage gegenstandslos. Aber auch wenn der Treuhänder aufgrund des Ausschließungsverfahrens bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, kann der Treugeber noch von seinem Auswechslungs- oder Eintrittsrecht Gebrauch machen.

3. Beteiligung des Treugebers am Ausschließungsverfahren

Der Treugeber wird meist ein Interesse daran haben, dem Ausschließungsverfahren gegen den Treuhänder beizutreten und auf die Prozeßführung einzuwirken. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem anhängigen Rechtsstreit eine bestimmte Partei obsiegt, kann dem Prozeß als Streitgehilfe dieser Partei (Nebenintervenient) beitreten (§ 66 Abs. 1 ZPO). Der Nebenintervenient ist berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen (§ 67 ZPO).

Erforderlich ist ein rechtliches Interesse am Sieg der unterstützten Partei. Die Entscheidung oder ihre Vollstreckung muß den Streithelfer in bestimmten Rechtsbeziehungen zur Partei oder zum Streitgegenstand gefährden, seine Rechtslage verändern [198].

Bei einem Prozeß, den der Treuhänder um das Treugut führt, ist regelmäßig ein rechtliches Interesse des Treugebers am Obsiegen des Treuhänders gegeben. Denn eine Veränderung der rechtlichen Beziehungen des Treuhänders zum Treugut wirkt auch auf die rechtlichen Beziehungen zwischen Treuhänder und Treugeber ein. Wird der Treuhänder aus der Gesellschaft ausgeschlossen, so tritt das Treuhandverhältnis ins Abwicklungsstadium, da der Treuhandzweck (Verwaltung der Beteiligung) unmöglich geworden ist. Der Treugeber des Treuhänder-

---

198) Baumbach-Lauterbach, § 66 Anm. 2 C; vgl. ferner Rosenberg-Schwab, § 47 II 2 m.w.Nachw. in Fn. 5.

Gesellschafters hat deshalb ein rechtliches Interesse daran, daß die Ausschließungsklage abgewiesen wird, und kann demgemäß dem Verfahren als Nebenintervenient beitreten [199].

Da der Nebenintervenient alle Prozeßhandlungen vornehmen darf, sofern er sich nicht mit der Hauptpartei in Widerspruch setzt, kann der Treugeber im Einvernehmen mit dem Treuhänder die gesamte Prozeßführung übernehmen [200].

Zusammenfassung

Der Treuhänder ist formal Zuordnungssubjekt der Beteiligung und damit Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten. Bei der verdeckten Treuhand beschränken sich die Wirkungen der Treuhand - sieht man vom Fall des Konkurses und der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Treuhänders ab - auf das Innenverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber. Bei der offenen Treuhand kommt dagegen auch die Berücksichtigung der treuhänderischen Bindung im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftern in Betracht, soweit dadurch nicht der ungehinderte Geschäftsablauf gestört wird oder zwingende Ordnungsprinzipien des Gesellschaftsrechts entgegenstehen. Im einzelnen ergibt sich bei der offenen Treuhand folgendes:

---

199) Daß der Treugeber einem Prozeß, den der Treuhänder um das Treugut führt, als Nebenintervenient beitreten kann, ist einhellige Meinung, vgl. RGZ 145, 188 (190); Baumbach-Lauterbach, § 66 Anm. 2 E; Rosenberg-Schwab, § 47 III 2; RGRK-BGB-Kuhn, § 164 Anm. 18; Liebich, S. 185; vgl. ferner den Hinweis in OGHZ 2, 253 (258): "Wenn die Beklagten demgegenüber auf das Interesse der kleinen Gesellschafter (Treugeber) am Schicksal der Kommanditgesellschaft hinweisen, so hätte dieses Interesse vielleicht ihren Beitritt als Streitgehilfen rechtfertigen können, macht aber nicht ihre Mitverklagung erforderlich."

200) Vgl. dazu im einzelnen Rosenberg-Schwab, § 47 IV.

Veräußert der Treuhänder die Beteiligung mit Zustimmung der anderen Gesellschafter, aber unter Verletzung der treuhänderischen Bindung an einen außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten, so ist der Übertragungsvertrag grundsätzlich wirksam. Wenn der Erwerber jedoch die Treuhändereigenschaft kennt, können angesichts der Gleichheit der Interessenlage die Grundsätze, die von Rechtsprechung und Lehre zum Mißbrauch der Vollmacht und der Verfügungsmacht (Mißbrauchslehre) entwickelt worden sind, entsprechend angewandt werden. Das gleiche gilt für treuwidrige Verfügungen zu Gunsten der Mitgesellschafter. Die Anwendung der Mißbrauchslehre bedeutet: Wenn der treuwidrige Charakter der Veräußerung für den Erwerber evident ist, ist die Übertragung der Beteiligung fehlerhaft und muß nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft rückabgewickelt werden.

Die Problematik liegt ähnlich, wenn der Treuhänder das Stimmrecht im Verhältnis zum Treugeber pflichtwidrig ausübt. Dabei muß zwischen Abstimmungen über Änderungen des Gesellschaftsvertrags und Abstimmungen über Geschäftsführungsmaßnahmen unterschieden werden. Handelt es sich um Abstimmungen über Änderungen des Gesellschaftsvertrags, so kann die Mißbrauchslehre angewandt werden. War die Pflichtwidrigkeit für die Mitgesellschafter evident, können sie aus der Änderung des Gesellschaftsvertrags dem Treuhänder und damit mittelbar dem Treugeber gegenüber keine Rechte herleiten. Handelt es sich dagegen um eine Beschlußfassung über Geschäftsführungsmaßnahmen, so scheidet die Anwendung der Grundsätze über den Vollmachtsmißbrauch aus. Die anderen Gesellschafter können aber eine evident pflichtwidrige Stimmabgabe zurückweisen. Eine Verpflichtung dazu besteht dann, wenn zwischen den Gesellschaftern und dem Treugeber vertragliche Beziehungen bestehen.

Der Konkurs des Treuhänders führt zur Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausscheiden des Treuhänders aus der Gesellschaft. Nach h.M. kann der Treugeber das Treugut nur dann aus der Konkursmasse aussondern, wenn er es unmittelbar aus seinem Vermögen auf den Treuhänder übertragen hat (Unmittelbarkeitsprinzip). Die Beschränkung des Aussonderungsrechts durch das Unmittelbarkeitsprinzip ist jedoch insoweit aufzugeben, als die Treuhänderstellung allgemein offenkundig ist. Bei der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften kann die Treuhänderstellung durch Eintragung ins Handelsregister publik gemacht werden. Es sollte deshalb die Eintragung eines Treuhändervermerks ins Handelsregister zugelassen werden. Angesichts der gegenwärtigen Praxis empfiehlt es sich aber, daß der Treugeber sich das Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben im voraus abtreten läßt. Der Treugeber kann auch für den Fall des Treuhänder-Konkurses mit den Gesellschaftern ein Auswechslungsrecht vereinbaren, um sich seine "mittelbare Beteiligung" zu erhalten.

Außerhalb des Konkurses können die Gläubiger des Treuhänders das Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben pfänden und die Gesellschaft kündigen. Dem Treugeber steht gegen die Pfändung die Drittwiderspruchsklage zu. Es gilt insoweit das gleiche wie im Konkursfall für das Aussonderungsrecht. Die Erhebung der Drittwiderspruchsklage führt aber nicht dazu, daß der Gläubiger sein Kündigungsrecht verliert. Der Treugeber kann die Kündigung nur durch einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung hindern. Eine wirksam erfolgte Kündigung wird durch ein der Drittwiderspruchsklage stattgegebenes Urteil nicht gegenstandslos. Die Gesellschafter sind aber in der Regel aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht verpflichtet, die Wirkungen der Kündigung rückgängig zu machen. Wenn der Treuhänder das Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben an den Treuhänder abgetreten hat, ist die Pfändung dagegen nicht möglich.

Als Gesellschafter haftet der Treuhänder den Gesellschaftsgläubigern entsprechend der gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelung. Den Mitgesellschaftern haftet er für Einlageverpflichtungen, für Fehler bei der Geschäftsführung und bei Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Der Treugeber haftet - entsprechend seiner "mittelbaren Gesellschafterstellung" nur indirekt: Die Gesellschaftsgläubiger können den Schuldbefreiungsanspruch des Treuhänders gegen den Treugeber pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Dem Ausschluß des Schuldbefreiungsanspruchs sind Grenzen gesetzt. So kann der Ausschluß des Befreiungsanspruchs gegen die guten Sitten verstoßen, wenn der Treugeber einen mittellosen Treuhänder als Gesellschafter vorschiebt, um die Gläubiger zu schädigen. Dem Ausschluß des Befreiungsanspruchs sind ferner unter dem Gesichtspunkt des "Selbstschutzes" des Treuhänders Grenzen gesetzt. Auch den Gesellschaftern haftet der Treugeber nur mittelbar. Ihnen gegenüber kommt jedoch auch eine unmittelbare Haftung in Betracht, wenn zwischen Treugeber und Gesellschaftern unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen.

Die Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft setzt voraus, daß ein wichtiger Grund in seiner Person vorliegt. Aber auch wenn nur der Treugeber sich gesellschaftswidrig verhält, kann der Treuhänder aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Die Bindung an den Treugeber wird in einem solchen Fall mit dem Gesellschaftsverhältnis unvereinbar, so daß ein objektiver Ausschließungsgrund gegeben ist. Dem Treuhänder kann das gesellschaftswidrige Verhalten des Treugebers aber auch unmittelbar zugerechnet werden. Ein solches Verhalten des Treugebers führt auch zum Verlust eines etwaigen Auswechslungs- oder Eintrittsrechts. Zur Wahrung seiner Interessen kann der Treugeber dem Ausschließungsverfahren als Nebenintervenient beitreten und im Einvernehmen mit dem Treuhänder die gesamte Prozeßführung übernehmen.

Es ergeben sich somit - trotz fehlender gesetzlicher Regelung der Treuhandverhältnisse - auch für die Verwaltungstreuhand an der Gesellschafterstellung eines Personenhandelsgesellschafters befriedigende, den Interessen der Beteiligten gerecht werdende Lösungen. Für die Praxis empfiehlt es sich aber, das Treuhandverhältnis genau zu regeln und Treuhandverhältnis und Gesellschaftsverhältnis durch vertragliche Gestaltung zu "synchronisieren".

Anhang

Beispiele für die vertragliche Gestaltung von Treuhandverhältnissen

Da jeder Treuhandvertrag auf den Treuhandzweck und die Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses, in dem der Treuhänder als Gesellschafter steht, zugeschnitten werden muß, sollen die beiden im folgenden wiedergegebenen Vertragsmuster nur als Anschauungsmaterial und als Hinweis für die vertragliche Ausgestaltung eines Treuhandverhältnisses dienen.

Vertragsmuster A ist auf Fälle zugeschnitten, in denen der Treuhänder Strohmannfunktion hat. Der Treugeber hat deshalb beherrschenden Einfluß. Beispiel B ist dagegen auf Fälle zugeschnitten, in denen die Übertragung der Beteiligung auf den Treuhänder zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern erfolgt. Der Treuhänder hat deshalb eine im wesentlichen vom Treugeber unabhängige Stellung.

Vertragsmuster A

Treuhandvertrag

zwischen

1. Treuhänder
2. Treugeber

§ 1

Die Vertragschließenden sind sich darüber einig, daß der Beteiligte zu 1. die Beteiligung an der X-Gesellschaft als Treuhänder im Auftrag des Beteiligten zu 2. erworben hat und treuhänderisch für ihn verwalten soll.

§ 2
(Pflichten des Treuhänders)

Als Treuhänder ist der Beteiligte zu 1. verpflichtet, alle Gesellschafterrechte, die ihm aus der treuhänderisch gehaltenen Gesellschaftsbeteiligung zustehen, insbesondere das Stimmrecht, entsprechend den Weisungen des Treugebers auszuüben. Der Treuhänder ist ferner verpflichtet, dem Treugeber auf Verlangen Vollmacht zur Ausübung der Gesellschafterrechte aus der treuhänderisch gehaltenen Gesellschaftsbeteiligung zu erteilen. Außerdem ist der Treuhänder verpflichtet, alles, was er aufgrund seiner Gesellschafterstellung erhält, insbesondere die von der Gesellschaft ausgeschütteten Gewinne, treuhänderisch für den Treugeber zu verwalten und auf Verlangen jederzeit an diesen herauszugeben.

§ 3
(Abtretung des Abfindungs- und Auseinandersetzungsanspruchs)

Der Treuhänder tritt hiermit etwaige Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche an den Treugeber ab.

§ 4
(Pflichten des Treugebers)

Der Treugeber verpflichtet sich, dem Treuhänder alle Aufwendungen zu ersetzen und ihn von allen Verbindlichkeiten freizustellen, die ihm im Zusammenhang mit dem Erwerb und der treuhänderischen Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung entstanden sind oder noch entstehen werden.

§ 5

(Vergütung für die treuhänderische Tätigkeit)

Für seine Tätigkeit erhält der Treuhänder folgende Vergütung .....

§ 6

(Kündigung des Treuhandvertrags)

Treuhänder und Treugeber können den Treuhandvertrag mit dreimonatiger Kündigungsfrist zum Ende eines Kalenderjahres kündigen. Der Treuhänder ist verpflichtet, nach Ablauf der Kündigungsfrist die Gesellschaftsbeteiligung auf den Treugeber zu übertragen. Der Treugeber kann aber auch jederzeit die Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung verlangen. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist behält der Treuhänder jedoch den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung.

Vertrag
zwischen

1. Gesellschafter der X-Gesellschaft
...
2. Treugeber
3. Treuhänder

§ 1

Zwisch en den Beteiligten besteht Einigkeit darüber, daß der Beteiligte zu 3. die Beteiligung an der X-Gesellschaft als Treuhänder des Beteiligten zu 2. hält. Die Beteiligten zu 1. genehmigen hiermit den vorstehenden Treuhandvertrag zwischen den Beteiligten zu 2. und 3. und verpflichten sich zur Rücksicht-

nahme auf den Zweck des Treuhandvertrags, insbesondere zur Verschwiegenheit. Der Beteiligte zu 2. verpflichtet sich demgegenüber zur Rücksichtnahme auf das Gesellschaftsverhältnis.

§ 2

Die Beteiligten zu 1. erteilen unwiderruflich ihre Zustimmung zur Ausübung aller Gesellschafterrechte durch den Treugeber als Bevollmächtigten des Treuhänders. Sie erteilen ferner unwiderruflich ihre Zustimmung zur Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung auf den Treugeber.

§ 3

Der Treugeber verbürgt sich den Beteiligten zu 1. selbstschuldnerisch für alle Ansprüche (einschließlich Schadensersatzansprüche), die diesen gegen den Treuhänder aus dem Gesellschaftsverhältnis entstehen.

Vertragsmuster B

Treuhandvertrag
zwischen

1. Treuhänder
2. Treugeber

§ 1

Der Beteiligte zu 2. verpflichtet sich, dem Beteiligten zu 1. seine Beteiligung an der X-Gesellschaft zu übertragen. Die Vertragschließenden sind sich darüber einig, daß der Beteiligte zu 1. die Gesellschaftsbeteiligung nur als Treuhänder erworben hat und sie treuhänderisch für den Beteiligten zu 2. verwaltet.

§ 2

(Pflichten des Treuhänders)

Als Treuhänder ist der Beteiligte zu 1. verpflichtet, die Gesellschafterrechte im Interesse des Treugebers auszuüben. Der Treugeber ist aber nicht befugt, dem Treuhänder Weisungen zu erteilen. Der Treuhänder ist ferner verpflichtet, alles, was er aufgrund seiner Gesellschafterstellung erhält, an den Treugeber herauszugeben und dem Treugeber jährlich nach Abschluß des Geschäftsjahrs der Gesellschaft Rechnung zu legen.

§ 3

(Abtretung des Abfindungs- und Auseinandersetzungsanspruchs)

Der Treuhänder tritt etwaige Abfindungs- und Auseinandersetzungsansprüche an den Treugeber ab.

§ 4

(Pflichten des Treugebers)

Der Treugeber verpflichtet sich, dem Treuhänder alle Aufwendungen zu ersetzen und ihn von allen Verbindlichkeiten freizustellen, die ihm im Zusammenhang mit der treuhänderischen Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung entstehen.

§ 5

(Vergütung für die treuhänderische Tätigkeit)

Für seine Tätigkeit erhält der Treuhänder folgende Vergütung ...

§ 6

(Kündigung des Treuhandvertrags)

Treuhänder und Treugeber können den Treuhandvertrag entsprechend der im Gesellschaftsvertrag der X-Gesellschaft enthaltenen Kündigungsregelung kündigen. Erfolgt die Kündigung durch den Treuhänder, so ist er verpflichtet, die Gesellschaftsbeteiligung nach Ablauf der Kündigungsfrist auf einen vom Treugeber im Einvernehmen mit den Gesellschaftern der X-Gesellschaft benannten neuen Treuhänder zu übertragen. Erfolgt die Kündigung durch den Treugeber, so ist der Treuhänder verpflichtet, die Gesellschaft zu kündigen.

Vertrag
zwischen

1. Gesellschafter der X-Gesellschaft
...
2. Treuhänder
3. Treugeber

Der Beteiligte zu 3. verpflichtet sich, seine Beteiligung an der X-Gesellschaft auf den Beteiligten zu 2. zu übertragen. Die Beteiligten zu 1. stimmen der Übertragung zu. Die Vertragschließenden sind sich darüber einig, daß der Beteiligte zu 2. die Gesellschaftsbeteiligung als Treuhänder des Beteiligten zu 3. verwalten soll. Die Beteiligten zu 1. genehmigen den vorstehenden Treuhandvertrag zwischen den Beteiligten zu 2. und 3.

Lebenslauf

Am 18. September 1944 wurde ich als Sohn des jetzigen Rechtsanwalts und Notars Dr. Heinz Kümmerlein und seiner Ehefrau Thea, geb. Darmann, in Storkow/Mark geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule und des altsprachlichen Staatlichen Burggymnasiums in Essen legte ich am 2o. Februar 1964 die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich neun Semester Rechtswissenschaft, davon vier Semester an der Universität Freiburg und fünf Semester an der Universität Münster/Westf., und bestand am 21. Oktober 1968 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Hamm. Anfang 1969 wurde ich in den juristischen Vorbereitungsdienst aufgenommen, den ich nach einem halben Jahr unterbrach, um für ein Jahr die Stelle eines Verwalters einer wissenschaftlichen Assistentenstelle am Institut für Berg- und Energierecht der Universität Münster zu übernehmen. Seit September 197o setze ich den juristischen Vorbereitungsdienst fort.